

DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 6 mars 1931, à 14 heures

PAR

Jean CHABAS

Président : M. RIPERT, Professeur.

<i>Suffragants</i> {	MM. BARTIN CAPITANT	{ <i>Professeurs</i>
----------------------	------------------------	----------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1931

Chabas,

A



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS**

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 6 mars 1931, à 14 heures

PAR

Jean CHABAS

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. BARTIN
CAPITANT } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1931



PLAN

INTRODUCTION

I. LE CODE CIVIL ET L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.....	1
Consécration absolue du principe ; son origine dans la déclaration des droits de l'homme comme corollaire au principe de la liberté.	
II. LE ROLE DE LA VOLONTÉ DANS LA CRÉATION DE L'OBLIGATION	3
La volonté libre crée l'obligation ; la volonté a besoin de se lier à une autre pour former une obligation contractuelle.	
III. DIFFICULTÉS PRATIQUES SOULEVÉES PAR LA THÉORIE CLASSIQUE FRANÇAISE DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ	8
Exposé du problème : les codes étrangers ; le droit français ; la contradiction de la jurisprudence.	

PREMIERE PARTIE

LA DECLARATION DE VOLONTE AU SENS TECHNIQUE DU TERME

DÉFINITION ET ESSAI DE CLASSIFICATION.	17
Définition.	17
Différents aspects de la déclaration de volonté.	17
Classification proposée par R. Saleilles et les auteurs allemands.	18
Les déclarations à volonté passive et les déclarations à volonté active.	19

Les déclarations à personne déterminée et les déclarations à personne indéterminée.....	20
Plan de la première partie.....	21

CHAPITRE PREMIER

La volonté — Etude de l'élément interne de la déclaration de volonté

PREMIERE SECTION

L'INTENTION DE S'OBLIGER JURIDIQUEMENT.....	23
1. <i>L'intention élément essentiel de la déclaration de volonté.</i> <i>Exemples empruntés à la jurisprudence.....</i>	23
2. <i>L'intention est le critérium qui différencie les pourparlers de l'offre.....</i>	29
3. <i>Les réserves pouvant accompagner l'offre ; les personnes en état d'offre permanente.....</i>	30
II ^e SECTION : VOLONTÉ SÉRIEUSE ET NON ENTACHÉE DE VICE....	33
1. <i>Les difficultés de déterminer le caractère sérieux de la déclara- tion de volonté.....</i>	33
Le critérium de l'intention (les promesses de récom- pense, les rapports de courtoisie).....	35
2. <i>Les vices de la volonté.....</i>	36
a) L'erreur.....	37
b) La violence.....	39
c) Le dol.....	39
d) La lésion.....	40
e) Rôle capital de l'intention dans la détermination des vices du consentement.....	41
f) Explication du caractère relatif de la nullité...	41
3. <i>Incapacité du déclarant.....</i>	42
a) Incapacités de droit.....	42

L'interdit légal.....	42
Le prodigue.....	42
La femme mariée.....	43
Explication du caractère relatif de la nullité...	43
b) Incapacités naturelles.....	44
Le mineur.....	44
L'interdit judiciaire.....	45
Explication du caractère relatif de la nullité.....	45

CHAPITRE II

La volonté extériorisée -- Etude de l'élément externe de la déclaration de volonté

PREMIÈRE SECTION. — DE LA NÉCESSITÉ D'UNE EXTÉRIORISATION POUR FORMER UNE VOLONTÉ JURIDIQUE.....	48
1. <i>La volonté interne non-extériorisée considérée comme source d'obligation</i>	48
a) Exemples empruntés à un domaine où ne s'applique pas le principe de l'autonomie de la volonté.	48
2. <i>Critique de conception</i>	48
a) Impossibilité de prouver la volonté interne....	50
b) La volonté interne ne relève pas de la sociologie.	52
c) La volonté ne devient définitive qu'une fois extériorisée	53
3. <i>L'extériorisation et le principe de l'autonomie de la volonté</i>	54
II ^e SECTION : L'EXTÉRIORISATION DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ.....	54
1. <i>Principe de la liberté de forme</i>	54
a) Déclaration à volonté passive.....	55
b) Déclaration à volonté active.....	55
2. <i>Déclarations directes et indirectes</i>	55

3. <i>La liberté de forme et la manifestation de la volonté</i>	58
4. <i>Nécessité de manifester une intention de contracter</i>	60
a) <i>Conception de la jurisprudence</i>	60
b) <i>Le silence</i>	62
<i>Les textes</i>	63
<i>Le silence ne manifeste aucune volonté</i>	65
<i>Rôle des circonstances et des usages</i>	65
<i>Des règles générales transformant le silence en acceptation</i>	69

CHAPITRE III

Des rapports de la volonté réelle et de la volonté déclarée

PREMIÈRE SECTION : THÉORIE DE LA DÉCLARATION.....	74
1. <i>Théorie du Code civil allemand ou application de la théorie de la déclaration</i>	77
2. <i>Difficultés d'application et atténuations de la théorie</i>	79
2 ^e SECTION : THÉORIE DE LA VOLONTÉ.....	81
1. <i>Critique et application de la théorie</i>	81
2. <i>La jurisprudence</i>	82
a) <i>Application de l'article 1341</i>	82
b) <i>Application de l'article 1321</i>	82
3. <i>Explication par l'intervention des articles 1321 et 1382</i> ..	87
4. <i>Faute contractuelle ou délictuelle</i>	88
5. <i>Etendue de la réparation à accorder</i>	88
6. <i>Conclusion</i>	90
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : RÔLE CAPITAL DE LA VOLONTÉ RÉELLE EN MATIÈRE DE DÉCLARATION DE VOLONTÉ.	94

DEUXIEME PARTIE

**DES EFFETS JURIDIQUES
DE LA DECLARATION DE VOLONTE**

La théorie classique ; aperçu de la jurisprudence.....	103
Les différents stades de perfectionnement de la déclaration de volonté.....	103
Fragilité de la déclaration de volonté.....	105
Difficultés pratiques.....	107
La contradiction de la doctrine classique et de la jurisprudence.	111

CHAPITRE PREMIER

Théorie de l'avant-contrat

PREMIÈRE SECTION : EXPOSÉ DE LA THÉORIE.....	116
II ^e SECTION : ANALYSE CRITIQUE.....	120
1. <i>Le délai n'est pas accepté par le silence</i>	120
2. <i>La division de l'offre en deux fragments n'est pas conforme à la réalité</i>	122
<i>Examen vis-à-vis du déclarant et du destinataire</i>	123
3. <i>Conséquences de la théorie</i>	123

CHAPITRE II

**Théorie de l'engagement par manifestation
unilatérale de volonté**

PREMIÈRE SECTION : L'ENGAGEMENT PAR MANIFESTATION UNI-	
LATÉRALE ET NOTRE DROIT POSITIF.....	130
1. <i>Les textes invoqués.....</i>	131
a) Article 2181.....	131
b) Article 1370.....	134
c) Articles 1300, 1171, 932.....	137
2. <i>Les institutions invoquées.....</i>	139
a) Souscription d'actions.....	139
b) Les titres négociables.....	139
c) La stipulation pour autrui.....	139
3. <i>L'autonomie de la volonté et l'engagement par manifes-</i>	
<i>tation unilatérale de volonté.....</i>	<i>141</i>
4. <i>Conséquences juridiques de la théorie.....</i>	<i>146</i>
a) Conception objective de l'obligation.....	146
b) La disparition du contrat.....	155
c) Disparition de la volonté.....	158
 II^e SECTION : L'ENGAGEMENT PAR MANIFESTATION UNILATÉRALE	
ENVISAGÉ AU POINT DE VUE DE SES CONSÉQUENCES PRATIQUES.	161
1. <i>Justification de certaines institutions.....</i>	<i>161</i>
2. <i>Restriction du principe ; les juridictions modernes.....</i>	<i>162</i>
3. <i>Conclusion : L'engagement par manifestation unilaté-</i>	
<i>rale de volonté ne peut être accepté par notre droit.....</i>	<i>167</i>

CHAPITRE III

**L'obligation au maintien de la déclaration de volonté
considérée comme réparation d'un délit
ou d'un quasi-délit**

PREMIÈRE SECTION : ESSAI D'UNE THÉORIE NOUVELLE INSPIRÉE	
DES IDÉES DE POTHIER.....	171
1. <i>Idées de Pothier</i>	171
2. <i>La maxime : Ex nuda pollicitatione... est purement contractuelle</i>	175
3. <i>Le double aspect de la déclaration de volonté</i>	176
4. <i>Idée de faute</i>	177
a) Faute résultant de la rétractation.....	177
b) Abus du droit de ne pas contracter.....	179
c) Faute résultant de la déclaration elle-même.....	182
Critique de la conception.....	183
Jurisprudence relative au dol des incapables....	184
1. Nature juridique de la faute de l'incapable	
ble	191
2. Assimilation du dol de l'incapable à la	
faute résultant de la déclaration de vo-	
lonté	198
II ^e SECTION : APPLICATION PRATIQUE DE LA THÉORIE PROPOSÉE.	200
1. <i>Déclaration à volonté passive</i>	202
2. <i>Déclaration à volonté active</i>	207
a) Déclaration à personne déterminée : offre de	
contrat	207
b) Déclaration à personne indéterminée.....	217
Offres au public.....	217
Promesses de récompense.....	220
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	227

INTRODUCTION

I. — LE CODE CIVIL ET L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Aux termes de l'article 1.134, p. 1, du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce paragraphe est la consécration la plus absolue en matière juridique des principes d'individualisme et de liberté qui, pendant la période révolutionnaire, dominèrent à la fois les sciences philosophiques et sociales.

La Déclaration des Droits de l'Homme proclame hautement le principe de la liberté individuelle qu'on exprime à cette époque par l'adage : « Tout ce qui n'est pas défendu, est permis », et s'explique par une assertion : « Toute loi est un mal en soi ». La liberté est un droit inhérent à l'individu; aussi l'homme doit-il être tout aussi libre dans son activité juridique que dans son activité sociale. Cela, parce qu'il est seul capable d'agir au mieux de ses intérêts, et que la somme des intérêts individuels représente l'intérêt de la nation¹. Toutefois, dans le domaine du Droit, la liberté de l'homme s'affirme avec un caractère plus spécialisé, plus précis et même plus étroit; des auteurs ont appelé cette liberté le principe de l'autonomie de la volonté. Si l'on voulait établir un degré entre la liberté in-

1. Contre, Duguît, *Transformation générale du droit privé*, § 51 p. 33 et suivantes.

dividuelle et l'autonomie de la volonté, il faudrait dire que le principe est la liberté individuelle dominant toute l'activité des individus et que l'autonomie de la volonté n'en est qu'une application dans cette branche spéciale de l'activité humaine qu'est l'activité juridique¹.

Le législateur de l'an VIII, fidèle aux traditions révolutionnaires et au culte de la liberté² n'a pas manqué d'en faire l'application la plus entière. Le principe de l'autonomie de la volonté était si ancré dans la pensée des rédacteurs du Code, qu'ils y ont apporté les correctifs qu'ils jugeaient indispensables, avant même de l'avoir formulé. Toute activité de l'homme n'est, en effet, pas bonne en soi; le but poursuivi par l'individu peut être regrettable, tant au point de vue social que moral. Aussi, dans l'article 6 placé dans les principes généraux servant d'introduction à notre Code civil, le législateur a donné les exceptions au principe qu'il consacre seulement par l'article 1.134, p. 1. Cet article 6 dispose : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Bien que trouvant des applications dans toutes les branches de notre droit, le principe de l'autonomie de la volonté ne régit vraiment en maître que le droit des obligations, branche du droit qui n'intéresse pas directement les questions vitales de l'organisation de la société et de l'Etat³. L'article 1.134 consacre le principe et n'ajoute aucun correctif nouveau à ceux donnés par l'article 6. Ainsi, écrit M. Geny⁴ : « Les rédacteurs du Code civil ont pleinement reconnu et consacré l'application la plus concrète, la moins

1. En ce sens, Planiol, 4^e éd., t. I, p. 128; Geny, *Méthode d'interp.*, p. 525.

2. Voyez Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1871, n^{os} 87, 89, p. 138 et 150.

3. Gény, *Revue trimestr.* 1922, n^o 24 et p. 828 et s.; Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, § 170, p. 24 et s.

4. Geny, *Méth. d'interp. et sou. du droit privé positif*, 2^e éd., n^o 171 et s.

discutable aussi assurément quand ils ont proclamé et sanctionné la liberté des conventions privées plus généralement même, peut-on dire, la liberté des actes juridiques que le législateur était amené à organiser. »

II. — LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA CRÉATION DE L'OBLIGATION

Le principe de l'autonomie de la volonté se ramène à ces deux affirmations : l'homme est libre de sa volonté et cette volonté libre peut créer des droits et des obligations. De cette doctrine découlent les conséquences suivantes¹ :

L'homme a la liberté absolue de contracter ou de ne pas contracter, sous réserve bien entendu d'un objet licite dans la convention.

Seule, la volonté peut créer une obligation.

La volonté doit être maintenue après la formation du contrat.

Enfin, le contrat est plus fort que la loi.

De ces conséquences, dont le Code civil fait de nombreuses applications, nous ne retiendrons que la seconde qui présente pour l'étude que nous entreprenons un intérêt particulier.

Seule, la volonté fait naître l'obligation; le principe de l'autonomie de la volonté exige qu'à la base de toute obligation il y ait une volonté libre, car la volonté est souveraine et sans elle l'homme ne saurait s'engager².

Comment, en effet, parler de la liberté de l'activité juridique de l'homme si, sans qu'il l'ait voulu, il se trouve lié par une obligation de droit. Sur le terrain juridique, la liberté c'est de vouloir librement. Cependant, l'article 1.370

1. Cours de doctorat de M. G. Ripert, 1929-1930, introduction.

2. Celice : *l'Erreur dans les contrats*, thèse, Paris, 1922, introduction.

de notre Code, énumérant les engagements qui se forment sans convention, apporte une exception aux principes résultant des engagements qui dérivent de l'autorité seule de la loi, qui sont, dit cet article : « Les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, et ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. »

Quant aux autres engagements qui se forment sans conventions, continue ce texte, ils naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé et résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits.

En dehors des engagements formés volontairement et qui n'ont d'autre fondement que l'impératif de la loi, un engagement suppose toujours, dans l'esprit de notre Code, la volonté de la personne engagée. La volonté est tout aussi nécessaire pour former les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats que pour former les contrats eux-mêmes¹. C'est toujours, dit M. Duguit, dans sa critique de notre principe : « la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit². » Aussi est-il légitime de conclure avec M. Demogue : « Le véritable esprit du Code, c'est qu'un autre ne peut forcer ce que j'appellerai la sphère de la souveraineté de chacun pour y faire naître un droit ou une dette³. »

1. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse, Dijon, 1912.

2. Duguit : *L'Etat, le droit objectif, la loi positive*, 1901, p. 221. Rapproch. de la formule d'Aubry et Rau, tome IV, § 305, p. 145, 5^e édition : « Les obligations ayant pour fondement le fait de l'homme reposent sur un fait licite ou un fait illicite. Dans le premier cas, elles résultent d'un contrat (art. 1101) ou d'un quasi-contrat (art. 1371), dans le second d'un délit ou d'un quasi-délit (art. 1382 et suiv.). Voyez aussi Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., I, p. 221 et s.

3. René Demogue, *Notions fondament. du droit privé*, 1911, p. 482. Egalement, *Traité des obligations*, t. I, n^o 27 et ss.; Thalle, *La vie juridique du Français*, I, p. 20 et ss.

L'élément essentiel à la formation de tout acte juridique est la volonté : « Le droit, dit M. Capitant, attache à cet acte un effet juridique parce que cet effet a été voulu par l'auteur. Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se produirait pas ; on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté ¹. » Dans l'esprit de notre Code, la volonté est une condition nécessaire pour faire naître une obligation juridique, mais peut-on soutenir qu'elle soit aussi la condition suffisante ? Si nous examinons les dispositions de nos textes, nous trouvons bien une volonté à la base de l'obligation, mais à côté de cette volonté se rencontre toujours un élément qui lui est extérieur et qui la complète. Reprenons la formule de M. Duguit ² : c'est la volonté qui engendre l'obligation dans le délit et le quasi-délit mais une volonté contraire à la loi ; voilà l'élément extérieur : la loi ; et l'obligation délictuelle découle donc de la volonté et de la loi. Si la volonté est conforme aux exigences de la loi, il n'y a pas de délit, si la volonté est contraire aux prescriptions de la loi, le délit est créé et, par là même, l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé. Enfin, si le fait volontaire ne tombe pas sous la disposition légale, aucune obligation ne naîtra. Il nous paraît permis de dire que l'obligation délictuelle naîtra d'une contradiction de volonté, contradiction entre la volonté de la loi et la volonté de l'auteur du délit.

En matière contractuelle, ce qui crée le lien juridique, c'est le concours de deux volontés. Malgré les termes ambigus de l'article 1.108, p. 2, qui énonce comme condition essentielle pour la validité d'une convention le consentement de la partie qui s'oblige, c'est le consentement des deux parties qui forme le contrat. Cette solution résulte de

1. Henri Capitant, Introduction p. 208 ; Planiol, Ripert, Esmein, t. VI. n° 94 et ss. p. 115 et ss.

2. Duguit, *op. cit.* p. 221.

l'esprit même du Code, elle a été donnée par les auteurs qui servirent de guide et de base à sa rédaction et elle est approuvée par une jurisprudence constante et une doctrine quasi unanime¹.

Ce qui forme le contrat, ce qui fait naître l'obligation contractuelle, c'est le concours de deux volontés en vue d'un résultat juridique à atteindre et le concours de volonté est cette fois la condition nécessaire et suffisante de l'obligation. Aussi, en droit français, le contrat est toujours consensuel même lorsqu'il s'agit d'un transfert de propriété (l'article 1.138 est formel en la matière). L'obligation ne naît pas de l'accomplissement rituel de tel ou tel acte, elle n'est pas le résultat d'un certain formalisme, elle est créée par la volonté, à condition que cette volonté soit la résultante de deux volontés individuelles s'unissant afin d'obtenir un résultat juridique.

Pour faire naître une obligation contractuelle, la volonté doit être toujours une volonté au sens réel du mot, c'est-à-dire une volonté libre et qui connaisse la portée de l'engagement qu'elle contracte pour en avoir véritablement voulu les effets. Aussi la loi exige-t-elle une solennité de formes pour certains contrats particulièrement graves et complexes. Nous pouvons citer entre autre exemple, le contrat de donation et la constitution d'hypothèque. Ce sont des exceptions qui confirment la règle et hormis lesquelles la volonté est souveraine, qu'elle soit exprimée de façon expresse ou tacite, ou, pour employer des expressions plus logiques, qu'elle s'exprime directement ou indirectement.

Il ne faudrait pas s'imaginer cependant que la volonté qui est à la base de toute obligation, puisse, lorsqu'elle

1. Contra, Colin et Capitant, *Traité élément. de droit civil*, tome II, p. 269.

Comparez Demolombe, *Cours de droit civil*, t. XXIV, n° 59, p. 56, qui explique ces dispositions par l'acceptation tacite de la partie qui bénéficie de l'obligation, dont le silence vaut acceptation.

émane d'un seul individu, à elle seule engendrer une obligation. S'il n'apparaît qu'une seule volonté dans l'obligation délictuelle ou quasi-délictuelle, c'est que cette volonté est contraire aux prescriptions de la loi et par cela même engendre l'obligation. De même, dans le quasi-contrat, c'est la loi elle seule qui tire les conséquences d'un fait volontaire¹. L'obligation contractuelle est créée par la volonté, mais par une volonté individuelle, l'élément créateur d'obligation se révèle plus complexe et apparaît toujours comme la rencontre ou la somme de deux volontés concordantes, chacune se manifestant sous forme de déclaration de volonté. C'est dans cette acception que nous emploierons ces termes, acception qu'Aubry et Rau² leur donnent lorsqu'ils écrivent que « tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou de plusieurs déclarations de volonté se manifestant d'un côté par une offre ou proposition et de l'autre par son acceptation ».

Nous ne nous proposons donc pas d'étudier la théorie allemande dite de la déclaration de volonté, qui donne une valeur juridique, une valeur de volonté réelle à toute volonté déclarée, alors même qu'elle ne correspondrait pas à la volonté interne de son auteur. A cette théorie s'oppose la théorie classique française de la volonté interne qui recherche derrière une déclaration de volonté, peut-être apparente, la volonté interne et vraie de son auteur. Nous ne dirons de ces théories que ce qui nous paraîtra indispensable, réservant notre étude à la valeur juridique et aux conséquences de la déclaration de volonté en elle-même considérée comme élément de l'obligation.

1. Worms, thèse p. 183.

2. Aubry et Rau, 6^e éd., t. IV, § 343, p. 479. Même sens Planiol, Ripert, Esmein, t. 6, n^o 102 p. 123, — Civ., 16 avril 1924, D. H. 1924-392 et civ., 15 nov. 1926, G. P. 1927-1-122 qui reprennent les termes exacts d'Aubry et Rau : tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volonté.

III. — DIFFICULTÉS PRATIQUES

SOULEVÉES PAR LA THÉORIE CLASSIQUE FRANÇAISE

Si ce que nous avons affirmé relativement à la formation de l'obligation contractuelle est exact, si l'obligation ne naît que de la rencontre de deux volontés, il semble que notre étude est par là même terminée et que la seule déclaration de volonté ne saurait avoir aucun effet juridique. Le Code civil ne s'est pas prononcé, mais les auteurs qui présidèrent à son élaboration et ses premiers commentateurs, adoptant la solution romaine, déclaraient que « de la simple pollicitation ne naît pas d'action¹ » et, la jurisprudence², fidèle à l'esprit de notre Code et à la tradition juridique, n'a jamais mis en doute et a souvent affirmé que l'obligation ne peut naître de la simple déclaration de volonté.

Cependant, si nous abandonnons le domaine du droit pour nous placer en face des faits, nous constatons que les besoins du crédit et la sécurité des transactions économiques et commerciales, considérés aujourd'hui comme des principes essentiels, ne sont point satisfaits par une telle solution. Si celui qui fait une déclaration de volonté ne s'engage pas, s'il est absolument libre de la modifier ou de la rétracter sans que le tiers destinataire ait la moindre objection à lui faire, parce que sa déclaration de volonté ne le lie pas sans le concours d'une autre volonté, les relations économiques deviennent à peu près impossibles. Aussi, malgré l'affirmation des juristes, la pratique des affaires considère l'offre ou la déclaration de volonté

1. Pothier, *Traité des obligations*, éd. Bugnet n° 4 ; Larombière, t. I, art. 1201, n° 9. Demolombe, XXIV, n° 63 ; Laurent, XV, n° 468 à 470 ; Aubry et Rau, n° 343, p. 481, 5^e éd. ; Bufnoir, 31^e leçon, p. 466 ; Huc VII n° 11 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 29 *bis* ; Planiol, Ripert, Esmein, t. 6, n° 131, p. 171.

2. Cas. 18 août 1818 S. CH ; Voyez *Recueils oblig.*, n° 47.

comme ayant une valeur en soi¹. Lorsqu'un courtier ou un revendeur, par exemple, reçoit l'offre d'un fabricant lui proposant une certaine quantité de marchandises à telles conditions; il considère cette offre comme un élément solide et, sur la simple foi de cette pollicitation, il engage des négociations avec ses clients, il passe des contrats, se crée des obligations, et cela sans avoir même annoncé son acceptation au fabricant, avec qui il ne passera le marché que lorsque toute la marchandise qui en fait l'objet aura été vendue par lui. Supposons qu'au moment où il va donner son acceptation le fabricant lui fasse connaître qu'il a changé d'avis et qu'il n'entend plus passer le contrat dans les conditions par lui fixées précédemment, ou que, même, il n'entend plus contracter du tout. Si l'offre n'engage pas son auteur, c'est son droit le plus absolu, sa volonté est libre, elle n'a pas été liée par une acceptation, il peut donc la reprendre. Mais alors, les obligations contractées par notre courtier ne peuvent plus être exécutées, et si ce qui s'est passé entre lui et le fabricant s'est produit avec les rôles inversés entre un de ses clients et lui, toute l'activité économique d'une branche de l'industrie risque de se trouver bouleversée par la simple volonté versatile d'un individu. Ce simple exemple, emprunté en partie à la pratique¹, nous montre qu'au point de vue économique la libre reprise d'une déclaration de volonté, en l'espèce une offre, se révèle grosse de conséquences.

Au point de vue de l'équité, il apparaît assez choquant aussi, qu'un individu supporte seul toutes les conséquences d'un acte, parce qu'il a considéré comme sérieuse une déclaration de volonté qui se présentait comme telle mais qui, en réalité, ne l'était pas.

1. Lyon-Caen et Renault, 3^e éd., 1899, n° 15, p. 7.

1. Trib. Com. Paris, 13 mars 1917, C. P. 1916-17, p. 978.

Prenons une autre espèce empruntée aux faits² : Un entrepreneur de transports fait connaître par affiches l'établissement régulier de messagerie pour le service des personnes et des marchandises. Sur la foi de ces annonces, un voyageur se présente à l'heure du départ pour prendre place dans la voiture; sans raison légitime, le conducteur refuse de l'y recevoir. Le voyageur, dans l'impossibilité de se rendre où ses affaires l'appelaient, subit un dommage; si le messenger est libre de reprendre sa parole, seul le voyageur doit en supporter les conséquences. Solution qui ne paraît pas non plus très conforme à l'équité. Enfin, on peut imaginer bien d'autres dommages causés par le retrait de déclaration de volonté, dommages qui se produisent, par exemple, lorsque sur la foi d'une offre un individu refuse des offres avantageuses qu'il ne retrouvera plus après la rétractation de la première; ou, encore, lorsqu'une personne entreprend des opérations coûteuses en vue d'un contrat et que, soudain, l'offre de contracter est retirée.

Le principe que la simple déclaration de volonté ne fait pas naître d'action se révèle comme néfaste à la pratique des affaires, comme contraire à une bonne organisation des transactions économiques et comme inconciliable avec la notion d'équité. Ces conséquences apparaissent si graves à notre époque où les transactions économiques sont capitales dans la vie d'une nation, qu'on s'est demandé si, eu égard à ces considérations, il ne fallait pas rompre avec la tradition romaine et faire appel à des principes nouveaux plus conformes aux désirs les plus impérieux de la vie économique moderne.

Ainsi, le Code civil allemand de 1900, le *Bürgerliches Gesetzbuch*, déclare dans son article 145 que celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié par son offre

2. Civ. 3 déc. 1867. S. 1868-1-194.

et dans son article 657, relatif à la promesse de récompense, il décide que : « quiconque, par annonce publique, alloue une prime pour l'accomplissement d'un fait, spécialement pour l'obtention d'un résultat, est obligé d'acquitter la récompense à celui qui a accompli le fait, alors même que celui-ci n'aurait pas agi en considération de la promesse de récompense ».

Le Code suisse des obligations consacrait les mêmes conceptions avec une netteté encore plus grande dès 1883. « Toute personne, édicte l'article 3 de ce Code, qui propose à une autre la conclusion d'un contrat, en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai ».

Dans le cas où aucun délai n'est accordé, l'article 5 précise que « lorsque l'offre a été faite sans fixation, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement ».

Enfin, relativement aux promesses de récompenses, l'article 8 dispose « que celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse ».

Ces idées ont été consacrées, du moins en ce qui concerne les engagements unilatéraux par les législations les plus récentes.

C'est ainsi que disposent le Code tunisien dans ses articles 11 et 12, et le Code marocain (dahir des obligations et des contrats), dans ses articles 15 à 18. Le Code civil brésilien de 1917, reproduit des dispositions semblablement identiques dans ses articles 1512 et 1513.

Enfin, le projet de code des obligations franco-italien édicte dans son article 50 : « 1° La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterminée,

oblige son auteur, aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

« Sont applicables à la promesse unilatérale, toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence de l'obligation. »

Ce projet avait déjà spécifié dans son article 2, paragraphe 2 : « Si l'auteur de l'offre s'est obligé à la maintenir pendant un certain délai, ou si cet engagement résulte de la nature de l'affaire, la révocation avant l'expiration du délai ne fait pas obstacle à la formation du contrat. »

Ainsi, les législations modernes se sont accordées à reconnaître à la déclaration de volonté une valeur réelle, mettant ainsi la pratique des affaires en accord avec leurs conceptions juridiques, tout en assurant une entière sécurité aux transactions économiques et commerciales.

Le Droit français est resté fidèle aux principes issus de la tradition, et la jurisprudence proclame de nos jours, comme au lendemain de 1804, que de la simple pollicitation ne naît pas d'action¹. Cependant, fréquents sont les cas où la jurisprudence, malgré son respect pour ce principe, conclut en obligeant l'auteur de la déclaration de volonté à la maintenir malgré lui. Tantôt elle déclare, raisonnant sur une offre accompagnée d'un délai de réflexion, que le délai n'étant pas expiré, l'offre n'a pas pu être rétractée. Tantôt, en ce qui concerne les offres non accompagnées de délai, elle considère que l'auteur de l'offre n'a pas laissé au destinataire le temps moral nécessaire à l'accepter et que ce délai moral n'étant pas écoulé, la rétractation est nulle. Mais alors, il semble que la jurisprudence est en contra-

1. Cass. 15 novembre 1923, G. P., 27-1-122, S. 1927-1-15. Cet arrêt déclare encore que le contrat se forme par le concours de deux déclarations de volonté.

diction avec elle-même : après avoir affirmé la fragilité de l'offre, elle déclare qu'elle peut subsister à sa rétractation. Comment envisager pareille solution ? Si l'on part du principe, que seul le concours de volontés peut donner naissance à l'obligation, il est impossible de justifier une solution accordant un effet juridique à une déclaration de volonté rétractée par son auteur. C'est donc que la jurisprudence se contredit et, si nous voulons supprimer cette contradiction, si nous voulons justifier les solutions inspirées par la pratique des affaires, il semble que ce ne sont pas les principes traditionnels invoqués qu'il faut faire intervenir, mais au contraire, qu'il faut faire appel aux principes nouveaux en honneur dans les législations modernes. Il est à remarquer cependant que la jurisprudence ne manque jamais d'affirmer les principes romains ; même dans ces décisions que nous jugeons contradictoires, on en retrouve l'essence, rendant ainsi sa contradiction plus apparente. Veut-elle par là spécifier qu'elle n'abdique qu'exceptionnellement les conceptions traditionnelles ? Ou donne-t-elle au contraire ces solutions en vertu de ces principes mêmes qui nous apparaissent inconciliables avec elle ? Y aurait-il, y a-t-il, pour notre jurisprudence, un terrain de conciliation, une conception de la déclaration de volonté qui lui permettrait de satisfaire à la pratique des affaires, et aux données de l'économie nationale, sans faire intervenir les théories modernes et sans abandonner la tradition du Droit romain ?

Avant d'essayer de répondre à cette question, nous examinerons d'abord, et cela fera l'objet de la première partie de cette étude, ce qu'il faut considérer comme étant une déclaration de volonté, quels sont ses caractères propres et les conditions qu'elle doit remplir. Nous consacrerons une deuxième partie à l'étude de la valeur juridique de la déclaration de volonté, et ce n'est qu'après que nous pourrons tenter de répondre à la question que nous avons posée.

PREMIÈRE PARTIE

**De la déclaration de volonté au sens technique
du mot**

PREMIERE PARTIE

De la déclaration de volonté au sens technique du mot

DEFINITION ET ESSAI DE CLASSIFICATION

Tout acte, par lequel une personne extériorise une volonté en vue d'une fin juridique, est une déclaration de volonté. Nous précisons tout de suite que nous employons l'expression déclaration de volonté au sens français des termes, c'est-à-dire expression d'une volonté interne, et non pas dans l'acception allemande pour laquelle la volonté interne n'intervient pas, tout au moins en principe ¹. Ainsi, fait une déclaration de volonté celui qui offre ou accepte un contrat, celui qui accepte une succession ou y renonce, qui promet une récompense, en un mot, celui qui déclare vouloir un résultat juridique. Ce résultat pouvant indifféremment relever du droit des obligations, des successions, du régime des biens ou de quelque autre branche du droit ².

D'une acception aussi vaste, la déclaration de volonté se présente sous les aspects les plus divers, qui peuvent néanmoins se ramener à quelques catégories. R. Saleilles ³ et

1. Voyez Meynial, De la déclaration de volonté. *Rev. crit.*, 1902 p. 545 et ss. Cohen, thèse, Paris, 1921.

2. Saleilles, *Décl. de volonté*, 1901 définit la déclaration de volonté : « Toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réaliser, p. 2.

3. Saleilles, *Décl. de vol.*, n° 38 et suiv., p. 145 et suiv.

les auteurs allemands ont distingué deux grandes classes de déclaration de volonté : les déclarations de volonté s'adressant à autrui, et les déclarations de volonté ne s'adressant à personne, ou encore les déclarations de volonté que personne n'a à recevoir, « Die nicht empfangenes Bedurftige Willenserklärung ». Conception paradoxale, semble-t-il, car déclarer sa volonté, c'est la faire connaître. Comment faire connaître quelque chose à personne ? Aussi, n'est-ce pas en ce sens que l'entendent les partisans de cette conception. « Les déclarations, dit Saleilles, réalisent des effets juridiques par une manifestation de volonté unilatérale, laquelle n'a pas pour but de s'adresser à un tiers. Cela, alors même qu'elle intéresserait certaine personne, comme l'acceptation d'hérédité. C'est un acte qui se forme sans contrat avec qui que ce soit, et par une pure création volontaire de celui de qui il émane. » Les exemples de ces déclarations, dit-il, sont l'occupation et le dérélliction, l'acceptation d'hérédité, l'abandon de la possession. En réalité, ces quelques opérations nous apparaissent comme des manifestations de volonté par lesquelles un individu fait connaître sa volonté de bénéficier et d'user du droit que lui accorde la loi. On peut rencontrer des déclarations de volonté analogues dans lesquelles ce n'est pas de la loi que dérivent les faits juridiques, mais d'une convention antérieure, comme par exemple lorsqu'un locataire signifie à son propriétaire sa volonté de prolonger sa location pour une nouvelle période de temps, conformément à un accord antérieur. Ce n'est pas dans ces déclarations, la déclaration de volonté elle-même qui crée l'effet juridique, c'est la loi ou une convention antérieure qui a fait naître un droit¹. Une telle déclaration

1. R. Saleilles a voulu voir dans la promesse de récompense une déclaration de volonté ne s'adressant à personne car, dit-il, la personne qui promet se déclare déjà engagée et jette son engagement dans le public ou dans la circulation comme elle ferait d'une monnaie qu'on n'ait qu'à ramasser et à s'approprier sous les conditions qu'elle eût posées. Cette conception est exacte en droit allemand

de volonté n'a pas pour but de créer un droit, elle n'est pas faite en vue de réaliser une convention, mais simplement de faire bénéficier son auteur d'un droit antérieurement acquis. Aussi l'effet juridique est en quelque sorte déclenché par une simple manifestation de volonté, par une simple extériorisation, toute réserve faite cependant sur les mesures de publicité que peut exiger la loi qui, par exemple, pour la renonciation à succession, exige une déclaration au greffe du tribunal de première instance (art. 784 du Code civil). En d'autres termes, nous ne sommes pas sur le terrain de la création des obligations, mais sur celui de l'exécution des obligations.

La volonté du destinataire de la déclaration de volonté n'a pas à intervenir ; elle joue un rôle purement passif, que la déclaration prenne sa force de la loi ou d'une convention antérieure. En effet, si je prends possession d'une chose abandonnée en vue d'en devenir le maître, ou si j'avertis mon propriétaire que j'entends qu'il me laisse jouir de son bien pour une nouvelle période de temps suivant nos conventions, je fais, dans les deux cas, une déclaration de volonté de même nature, déclaration que les intéressés doivent subir. Ainsi, nous sommes en présence de déclaration de volonté n'ayant besoin d'aucune autre volonté pour réaliser un état juridique parfait, bien défini puisqu'il est déterminé avant même qu'il se produise. Cet effet voulu par la loi ou par une convention préexistante est déclenché par la déclaration de volonté sans qu'il puisse être modifié, ni par la volonté de celui qui le veut, ni par celle de celui qui la subit.

eu égard à l'art. 557 qui rend la promesse de récompense obligatoire par le seul fait qu'elle est émise dans le public. Mais notre droit français ne peut accepter une telle conception et dans le silence du code nous ne pouvons considérer la promesse de récompense que comme une offre faite au public.

Voyez Saleilles, *De la déclaration de volonté*, n° 42 et ss., p. 149 et s. De l'obligation, § 145, p. 300 et ss.

Costiner, *La promesse publique de récompense*, Thèse, Paris 1924 p. 91 et la, bibliogr. allemande.

A ces déclarations, que l'on pourrait appeler déclarations unilatérales de volonté, si l'expression employée dans une autre acception ne risquait de prêter à équivoque, s'opposent les déclarations de volonté faites en vue de réaliser des effets juridiques dépendant en partie de la volonté du destinataire de la déclaration. En un mot, déclarations de volonté qui produiront un état juridique dont la perfection résultera du concours de la volonté de l'auteur et de la volonté du bénéficiaire.

Dans ces déclarations, dont le type est l'offre de contrat, la volonté du destinataire a une influence directe sur elle ; elle n'a plus ce rôle purement passif de récepteur, elle a un rôle actif ; c'est elle, comme nous le verrons au cours de cette étude, qui lui donne son existence juridique et qui peut, par son acceptation ou son refus, la détruire ou l'amener à son entière perfection. On peut, semble-t-il, appeler ces déclarations de volonté : déclarations à volonté active, par opposition à celles qui produisent leurs effets de droit sans l'intervention d'une autre volonté, que nous appellerons déclarations à volonté passive, et que Saleilles désigne sous le nom de déclarations de volonté ne s'adressant à personne. Ce sont principalement les déclarations à volonté active qui nous occuperont, car les autres, les déclarations à volonté passive, sont parfaites dès leur réception par le destinataire et produisent donc intégralement leurs effets juridiques. Au contraire, la déclaration à volonté active n'est parfaite que par l'acceptation du tiers bénéficiaire, mais, en même temps, elle disparaît pour devenir élément d'un contrat. Or, précisément, le but que nous poursuivons est l'étude de la déclaration de volonté entre le temps où elle est reçue par le destinataire et celui où elle atteint son entière perfection.

On peut envisager les déclarations de volonté non plus seulement quant au rôle de la volonté du destinataire, mais

aussi quant à la personne même qui peut être déterminée ou non. Nous aurons deux sous-espèces : les déclarations de volonté s'adressant à personne déterminée, comme par exemple l'offre de contrat adressée à telle personne, et les déclarations de volonté à personnes indéterminées, comme les offres faites au public ou les promesses de récompense. Cette subdivision se retrouve aussi bien dans les déclarations à volonté passive. Si je m'empare d'un bien abandonné afin d'en devenir le maître, je fais une déclaration à volonté passive à personne indéterminée. Si je signifie à mon propriétaire que j'entends prolonger ma location suivant nos accords antérieurs, je fais une déclaration à volonté passive à personne déterminée. Remarquons que la distinction entre la détermination ou l'indétermination du destinataire ne présente un intérêt réel que dans les déclarations à volonté active; en effet, lorsque le destinataire n'a qu'un rôle passif à tenir, peu importe qu'il soit ou non déterminé. Au contraire, ce caractère aura, comme nous le verrons, une assez grande influence dans la perfection des déclarations à volonté active.

Ainsi considéré au double point de vue du rôle de la volonté du destinataire et de la détermination de sa personne nous proposons de classer les déclarations de volonté en quatre catégories :

Les déclarations à volonté active à personne déterminée ;

Les déclarations à volonté active à personne indéterminée ;

Les déclarations à volonté passive à personne déterminée ;

Les déclarations à volonté passive à personne indéterminée.

Bien que se présentant sous des aspects très divers, on trouve toujours, dans toute déclaration de volonté, à quelque catégorie qu'elle appartienne, un élément interne : la

volonté de son auteur, et un élément externe : la déclaration de cette volonté. Il peut se présenter des cas où la volonté déclarée ne corresponde pas à la volonté interne de son auteur ; ce sont ces cas qui feront l'objet du troisième chapitre de cette première partie, après que nous aurons étudié dans un premier chapitre l'élément interne de la déclaration de volonté : la volonté, et, dans un second chapitre, l'élément externe : la volonté déclarée, nous réservant de montrer dans une conclusion l'importance capitale que donne le Droit français à l'élément interne de la déclaration de volonté.

CHAPITRE PREMIER

La volonté : Etude de l'élément interne de la déclaration de volonté

La déclaration de volonté suppose à sa base une volonté, c'est-à-dire un élément psychologique interne qui, par une manifestation extérieure deviendra perceptible à autrui et par là-même sera susceptible de produire des effets de droit. C'est pourquoi, examinant les divers éléments dont l'ensemble forme une déclaration de volonté, nous étudierons tout d'abord cet élément interne, cherchant à déterminer dans une première section la nature psychologique de cet élément, en nous réservant d'examiner, dans une seconde section, quelles sont les qualités que doit présenter cet élément psychologique pour servir de base à la déclaration de volonté. C'est-à-dire, quelles qualités doivent accompagner cet élément pour qu'une fois extériorisé il puisse, au sens technique du terme, être valablement considéré comme une déclaration de volonté.

PREMIÈRE SECTION. — INTENTION DE S'OBLIGER JURIDIQUEMENT

La déclaration de volonté, avons-nous admis dans notre définition, est une volonté qui s'extériorise en vue d'une fin juridique ; or, précisément, cette volonté doit être, au

point de vue du Droit français, la volonté réelle, nette, définitive, de faire naître une situation juridique, soit une obligation, soit un contrat. Cette volonté définitive et réelle est un élément essentiel de la déclaration de volonté sans laquelle, en principe, elle ne créerait aucun effet juridique. Ainsi l'élément interne de la déclaration de volonté se révèle comme la volonté réelle de faire naître sciemment un rapport juridique : « Pour que la volonté soit de nature à produire un effet de droit, dit M. Saleilles¹, il ne faut pas seulement qu'elle soit érigée vers ce résultat juridique et qu'elle l'ait eu pour objectif. Il ne faut pas seulement, en outre, qu'elle se soit révélée par un fait ou par une attitude extérieure; il faut qu'elle ait voulu se produire extérieurement comme volonté constitutive de Droit. »

Ainsi, la volonté se révèle en Droit français comme l'élément capital de la déclaration de volonté, c'est elle qui fait naître l'effet de droit; sans elle, la déclaration est non avenue, inexistante. Sans cette volonté, la déclaration n'est pas un acte juridique, car, dit M. Capitant² « l'acte juridique présente les deux traits distinctifs suivants :

« 1° La volonté de celui ou de ceux qui font l'acte tend vers un but juridique.

« 2° Le droit attache à cet acte un effet juridique parce que cet effet a été voulu par l'auteur. Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se produirait pas; on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté. »

Suivant que l'auteur de la déclaration aura eu l'intention de faire naître un effet de droit ou un contrat,

1. R. Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, n° 1 et ss.

2. H. Capitant, introduction, n° 230, p. 294. Voyez également Planiol, Ripert, Esmein, T. C. n° 99 et ss.; Demogue, t. II, n° 158; Aubry et Rau, 5^e éd., IV, 343, p. 477; Larombière, I, art. 1101, n° 4. Et. Perreau, Courtoisie, complaisance et usage non obligatoire, *Rev. trim.*, 1914, p. 503.

l'extériorisation de sa volonté produira une déclaration de volonté au sens juridique du mot, c'est-à-dire susceptible de produire des effets juridiques ou simplement une manifestation de volonté n'ayant pas place dans le domaine du Droit. Un individu, supposons, offre à une personne de lui vendre sa maison de campagne pour tel prix, avec l'intention très nette de contracter. Cette personne fait une déclaration de volonté. Supposons, à présent, qu'une maison de couture fasse une demande de mannequins; il est certain que l'intention de la maison de couture n'est pas de contracter avec les premières candidates qui se présenteront, mais, au contraire, de faire naître des offres parmi lesquelles elle choisira et dans ces conditions elle ne fait pas une déclaration de volonté, au sens technique du terme. Par conséquent, à s'en tenir à l'élément interne de la déclaration de volonté, on peut poser le principe : qu'il n'y a pas de véritable déclaration de volonté lorsque son auteur n'a pas eu l'intention de s'obliger juridiquement¹. La jurisprudence française a toujours été et est encore fidèle à ce principe.

Une dame Martin se présente dans un magasin de Paris pour acheter des étoffes de soie exposées dans la vitrine avec indication de leurs prix. Le commerçant refuse de lui vendre les soieries au prix indiqué parce que, dit-il, elles sont en vitrine pour attirer la clientèle et non pour être vendues. Le Tribunal de commerce de la Seine n'admit pas cette prétention et déclara, dans une décision du 5 janvier 1869, que les soieries étaient exposées en vitrine avec l'intention de les vendre, que cela découlait du fait même de les mettre en montre avec indication du prix, et il

1. Planiol, Ripert et Esmein, t. I, p. 167 et ss., § 127 et ss.

1. D. 69-3-14.

condamna le commerçant à payer à la dame Martin des dommages et intérêts pour le retard qu'il avait mis dans la livraison.

Devant cette même juridiction s'est présenté, le 28 mai 1921¹, une espèce analogue. Un sieur Maurin veut acheter une robe exposée sur un mannequin, dans la vitrine d'un magasin des Galeries Lafayette, à Paris. On refuse de la lui livrer parce que les vitrines, dit le préposé de cette Société, sont des œuvres d'art qui ne sauraient être continuellement défaites et refaites. Il propose au sieur Maurin de lui donner une robe identique à celle exposée en vitrine. Devant le Tribunal de commerce de la Seine, la Société des Galeries Lafayette déclare : « Notre intention, en exposant des marchandises en vitrine, n'est pas de vendre pour le prix indiqué ces marchandises elles-mêmes, mais de vendre des articles identiques que nous avons en rayon. » Le Tribunal de commerce de la Seine a admis la thèse soutenue par la Société des Galeries Lafayette. En effet, la vitrine en 1921 n'est pas ce qu'elle était en 1869, elle est devenue sinon une œuvre d'art, du moins un arrangement harmonieux que le commerçant n'a pas l'intention de détruire plusieurs fois dans le courant d'une même journée; son intention ne peut pas être de vendre l'objet même exposé en vitrine, mais un identique tenu à l'intérieur et, pour ce, le sieur Maurin se voit débouté dans ses prétentions.

Ces deux arrêts émanant d'une même juridiction, relatifs à deux espèces identiques résolues de façon différente, démontrent bien le rôle capital que joue l'intention du déclarant en matière de déclaration de volonté. Deux

1. D. P., 1923-2-152.

espèces, dont l'une s'est présentée à Orléans ¹ le 23 avril 1842 et l'autre devant la Chambre des requêtes, le 19 mai 1884 ², sont très significatives en ce sens.

Un sieur Evrard ayant reçu gratuitement l'investiture d'un office de notaire, à Caen, écrivit au maire de cette ville une lettre par laquelle il promettait de verser chaque année et pendant vingt ans la somme de mille francs aux pauvres de la ville. Le sieur Evrard paya ses mille francs pendant plus de dix ans puis, ayant vendu son étude, il ne tint plus sa parole. Le maire de la ville intenta une action tendant au paiement des échéances passées et à venir. La Cour d'Orléans le débouta de sa demande parce que, dit l'arrêt : « rien ne manifeste l'intention du sieur Evrard de s'engager de manière à donner contre lui une action en justice en cas de la non exécution ». Dans cet arrêt, la Cour ne prétend pas que le sieur Evrard n'ait pas eu l'intention de s'engager, le fait de tenir sa parole pendant une période de plus de dix ans prouve bien qu'il ne faisait pas une promesse par pure irréflexion mais, scrupuleuse, la Cour d'Orléans découvre que si l'intention de s'engager existait, du moins celle de pouvoir être poursuivi en justice n'existait pas ; ainsi, l'intention n'étant en quelque sorte qu'incomplète, l'action en faveur des pauvres de la ville de Caen était irrecevable.

La Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mai 1884, s'est montrée tout aussi respectueuse de la volonté du déclarant. Des frères et sœurs avaient fait un pacte sur succession future, tendant à considérer comme nul tout testament qui serait trouvé à la mort de leur père. Le père mort, on trouve un testament avantageant l'un des enfants. Ses frères lui écrivent pour lui demander s'il ferait honneur à l'engagement pris

1. S. 1843-2-383.

2. S. 84-1-336. Contre, Trib. de comm. d'Anvers 13 janv. 1906, D. 1906 4-32.

antérieurement, il répond qu'il ne reniera pas sa signature et respectera la parole donnée. Par la suite, il accepte la succession et se prévaut du testament, d'où action intentée par les autres frères et sœurs. Voici les termes même de la Cour suprême : « Attendu qu'il résulte de l'ensemble des motifs de l'arrêt attaqué, qu'en formulant cette déclaration le défendeur éventuel n'a point voulu se lier par un contrat nouveau et actuel qui, intervenant postérieurement à l'ouverture de la succession aurait été valable, qu'il a entendu se référer expressément au pacte antérieur...

« Attendu que ces appréciations, fondées tant sur les termes de l'écrit litigieux que sur l'intention présumée de son auteur, sont souveraines. »

En analysant les faits, il faut reconnaître toutefois que la volonté du fils avantagé était, lorsqu'il a répondu à ses frères, de renoncer aux avantages testamentaires. Mais comme il a employé des termes renvoyant au pacte antérieur, nul de droit (mais qu'il considérait valable quant à son honneur), la Cour de cassation déclare son engagement nul parce que son intention n'était pas de passer un second pacte. On ne saurait être plus méticuleusement scrupuleux et, s'il ne s'agissait pas de pacte sur succession future, on pourrait être tenté de dire que la Cour suprême l'a été en l'occurrence avec une certaine exagération¹.

C'est l'intention de son auteur qui donne à une manifestation de volonté son caractère juridique. Il convient de préciser tout de suite, que la recherche de l'intention est une pure question de fait qui peut s'induire de la déclaration elle-même ou des circonstances qui l'ont accompagnée. La Cour de cassation ne manque jamais,

1. Voyez aussi Orléans, 3 juin 1841 Jur. gen. D. disposition n° 2614. Gand 1^{er} déc. 1899, Belg. Jur. 1900-145. Celui qui se prévaut d'une offre doit en démontrer le caractère juridique : Lyon, 13 juin 1894, D. 95-2-292. ; Limoges, 20 déc. 1927, J. G. 1928-159.

dans les espèces qui nous occupent, de déclarer qu'elle accepte les faits rapportés par l'arrêt attaqué.

C'est dans l'intention, encore, qu'il faut aller chercher le criterium de distinction entre les simples pourparlers et l'offre. L'offre pouvant engager son auteur, les pourparlers laissant toute liberté d'action aux intéressés et devant aboutir à la proposition d'une offre. « Tout, pendant la période des pourparlers, reste en suspens si l'une des parties a déclaré subordonner la conclusion à un règlement dans le sens qu'elle indique, d'un point envisagé, quelle que soit l'importance de ce point. Une pareille intention peut, d'ailleurs, être admise non seulement quand elle est exprimée mais quand elle résulte de l'examen des circonstances de fait.¹ » Planiol écrivait en note d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 29 avril 1903 : « La véritable raison qui fait rejeter le pourvoi a été la nature des pourparlers engagés qui portaient seulement sur des propositions provisoires, à examiner en vue d'un accord à intervenir plus tard, sans contenir encore aucune offre ferme capable de former un lien de droit dès qu'elle serait acceptée². De même, il n'y a pas d'offre ferme dans le cas où l'auteur de l'offre se réserve d'apprécier la qualité de la personne qui se présentera. Par exemple, une personne fait une déclaration de volonté par laquelle elle demande à engager des gens de maison. Son intention n'est pas d'engager la première personne qui se présentera mais, au contraire, de n'engager que la personne qui lui conviendra. Cette faculté d'agrée la personne qu'elle se

1. Planiol, Ripert, Esmein, t. 6, n° 130 et les arrêts cités : Le Havre, 24 mai 1926, G. P., 1926-2-209 ; Lyon, 24 juin 1870, S-71-2-70. Voyez aussi Demogue, *Traité des obligations*, t. II, n° 551, p. 155.

2. Req. 29 avril 1903, D. 1904-1-136, note de M. Planiol. Voyez également Req. 20 fév. 1905. S-1905-1-508 et req. 3 avril 1875. S-1875-1-152.

réserve a une si grande importance que l'on n'est plus, par rapport à une telle offre, en présence d'une déclaration de volonté mais d'une invitation à faire naître des offres¹.

C'est l'intention qui fixe l'étendue de la déclaration de volonté. L'offre ne lie son auteur, a déclaré un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 15 juin 1869², que dans la mesure où l'offrant a voulu se lier. Il s'agissait, en l'espèce, d'un commerçant qui pour attirer la clientèle vendait des objets à perte. Ce commerçant refusa de vendre ces objets en gros et le Tribunal de commerce de la Seine approuva son refus, déclarant que le commerçant vendait ces objets à titre de réclame et que par conséquent son intention était de vendre seulement au détail.

Donc, les déclarations de volonté peuvent être accompagnées de réserves qui sont parfois expresse, parfois tacites. Par exemple, le déclarant peut se réserver le droit de modifier le prix de vente d'un objet, suivant les circonstances qui se produiront. Toutes les réserves sont possibles puisque la déclaration de volonté dépend avant tout de l'intention de son auteur³. Il a été discuté sur le point de savoir si lors d'une vente aux enchères, le vendeur peut refuser de contracter parce qu'il trouve insuffisant le prix de l'enchère la plus élevée; la question doit se résoudre par l'examen du Cahier des charges qui fixe l'intention du vendeur⁴.

Dès difficultés se sont élevées relativement aux personnes en état d'offres permanentes. Font-elles des déclarations de volonté? Pour répondre à cette question, il

1. Valéry, *Contrat par correspondance*, p. 212; Bufnoir : *Propriété et contrat*, p. 467.

2. D.P.-1869-3-55.

3. Réserve tacite, Trib. de comm. de Nantes 8 juin 1922. Rec. Nantes 1922-1-219; Aix 26 janv. 1926, S. Ch.

4. Demogue, t. II, *Traité des obligations*, n° 551, p. 155 et ss.; Valéry, *Contrat par corres.*, p. 97.

faut distinguer les personnes qui sont en état d'offres permanentes par leur volonté et celles qui sont obligées, par des conventions antérieures, à se tenir dans un tel état. Dans la première catégorie se rencontrent d'abord, les commerçants faisant des offres au public par des objets exposés en vitrine; des personnes vendant des services et qui, par une plaque apposée dans la rue, invitent les clients à se présenter : comme les médecins, les avocats¹. Enfin, certains commerçants comme les hôteliers, les voituriers et tant d'autres. Pour ces personnes, en état d'offres permanentes de par leur volonté, il faut appliquer les mêmes principes que pour les offres individuelles, c'est-à-dire qu'elles sont dominées par l'intention de leur auteur. Par exemple, l'hôtelier ou le restaurateur ne sera pas tenu d'accepter chez lui n'importe qui, « l'intuitus personæ » peut avoir une grande importance suivant le cas. De même pour les compagnies d'assurances, la question a été controversée, il n'en reste pas moins vrai que l'assureur se met en état d'offre permanente de par sa volonté et qu'il entend se réserver l'appréciation du risque à assurer avant de passer le contrat².

Dans la seconde catégorie : des personnes qui sont en état d'offres permanentes en vertu de conventions antérieures se rencontrent d'abord : les compagnies de transports détenant un monopole. C'est ainsi que les compagnies de chemins de fer et de navigation doivent accepter quiconque se présente à leurs guichets, se disposant à acquitter le prix du billet. Ce sont des règlements de police qui viennent obliger les voyageurs à se présenter dans

1. Toute réserve faite pour certains barreaux où le Conseil de l'ordre réglemente à peu près totalement la conduite des avocats et qui alors font partie de la 2^e catégorie.

2. Amiens, 15 nov. 1890, n° 92-2-459 ; Paris, 27 juin 1891 ; Contra, Rennes, 27 mai 1891 ; Orléans, 27 nov. 1891 ; Caen, 19 déc. 1891 ; D. 1892-2-457. Voyez aussi Papazol : *L'offre et l'acceptation*, thèse, Paris 1907, p. 106.

des conditions convenables. Nous ne sommes pas, ici, en présence de déclaration de volonté faite de plein gré par les compagnies, mais de déclarations qui sont l'exécution d'une convention passée avec l'Etat pour l'exploitation d'un monopole. On doit en conclure que lorsque ces compagnies agissent en dehors de leur monopole elles reprennent leur entière liberté; par exemple, lorsqu'elles organisent un voyage avec croisière de luxe. On donne généralement les mêmes solutions lorsque le déclarant exerce un monopole de fait ou une profession de première nécessité. Au point de vue social, cette solution est parfaitement juste, mais la justifier au point de vue du Droit nous semble plus difficile. Supposons un hôtelier seul établi dans une localité, il est en état d'offres permanentes mais, néanmoins, il reste maître chez lui; il ne s'est pas engagé à accepter n'importe qui. Comment l'obliger à loger tous les clients qui se présenteront alors, au contraire, que son intention était d'accepter qui bon lui semblerait. Dans certains cas, on pourra dire que le voyageur a légitimement cru à la déclaration de l'hôtelier mais, dans le cas où il lui aura signifié par avance qu'il ne veut pas de lui, comment juridiquement obliger cet hôtelier à contracter ? à passer un contrat qu'il a déclaré hautement ne pas vouloir. Certains officiers ministériels ne peuvent aussi refuser leurs services : les agents de change ¹, les avoués, les huissiers, les notaires; mais la raison en est toujours à un engagement antérieur pris soit vis-à-vis de leur corporation, soit vis-à-vis de l'Etat qui les a investis de leurs fonctions.

En dehors de ces exceptions, qui ne font en l'occurrence que confirmer la règle puisqu'elles nous transportent sur le terrain de l'exécution des obligations, on peut affirmer que

1. Trib. de comm. de Lyon, 4 mars 1882, G. P. : 1882-1-444.

sans l'intention de l'auteur de la déclaration d'atteindre un résultat juridique, sans sa volonté réelle de faire naître un contrat, il ne peut y avoir de déclaration de volonté, au sens technique du terme. Réserve faite cependant de la protection que l'on doit donner aux tiers qui ont pu se tromper sur l'intention réelle du déclarant. Nous réservons cette question pour la discuter dans notre troisième chapitre destiné à l'étude des rapports entre la volonté déclarée et la volonté réelle de l'auteur de la déclaration.

DEUXIÈME SECTION

VOLONTÉ SÉRIEUSE ET NON ENTACHÉE DE VICE

Il va sans dire que la volonté qui est à la base de toute déclaration de volonté doit être la volonté sérieuse de créer une obligation. Il n'y a pas de volonté si la personne s'engage par pure plaisanterie, « *Jocandi causa* », disaient les anciens auteurs, ou encore si elle s'accompagne d'une réserve mentale connue du destinataire ou d'une condition purement potestative de la part de la partie qui s'engage (art. 1.074 du Code civil). La même solution s'imposerait si l'une des parties était dans un complet état d'ivresse¹.

Des difficultés se présentent toutefois lorsqu'on cherche un criterium permettant de déterminer si la déclaration de volonté présente un caractère suffisamment sérieux. En matière d'offre de contrat, la question est généralement tranchée par le caractère extérieur même de l'offre, mais la question est plus délicate relativement aux promesses de récompense², et c'est surtout sur elles qu'a porté l'effort des juristes. On a, tout d'abord, proposé de prendre en

1. Esmein, Planiol et Ripert, t. 6, n° 99, p. 121. Voyez aussi Aubry et Rau, § 343 p. 477, 5^e éd. Larombière, I, art. 110-1, n° 4. — Demogug : *Traité des obligations*. II, n° 158 Baufray Lacantinerie et Barde, t. I, 12.

2. Costiner, th. p. 19.

considération l'intérêt que peut retirer le déclarant de l'accomplissement de la prestation¹. En effet, celui qui promet une récompense pour l'accomplissement d'une prestation sans y avoir intérêt fait preuve de faiblesse d'esprit ou de manque de sérieux.

Ce criterium qui, de prime abord, se révèle comme simple et d'une application facile, soulève cependant une sérieuse difficulté : celle de savoir comment il faut apprécier l'intérêt du déclarant. L'intérêt est une notion très relative et essentiellement subjective, telle prestation qui pour une personne n'a aucune espèce d'intérêt est, au contraire, très importante pour une autre ; enfin, pourquoi ne pas admettre qu'une simple satisfaction résultant de la prestation requise peut suffire à donner à la déclaration de volonté son caractère de sérieux ? Pourquoi ne serait pas valable la promesse qui consisterait à donner une somme d'argent pour l'accomplissement d'une performance sportive, par exemple, alors que le promettant n'aurait aucun intérêt à voir cet exploit s'accomplir. Une telle promesse n'est ni contraire aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, tout au plus peut-on dire qu'elle émane d'un original.

On rencontre parfois en fait des promesses qui apparaissent dans leur réalisation comme contraire à l'intérêt de leur auteur. Par exemple, un marchand de tissus promet une certaine somme d'argent à la personne qui trouvera un fil de coton dans son drap « pure laine ». Si nous admettons le criterium proposé, une telle offre ne peut avoir aucune valeur et cependant elle peut très bien être sérieuse. D'abord, il se peut que le marchand en retire un intérêt, par exemple la réclame que lui ferait l'exécution de sa promesse démontrant qu'elle a été réalisée par

1. Schitze : *Die Ausübung des gen. Recht*, cité par Costiner, thèse, p. 19.

accident, et même l'offre est sérieuse par cela seul qu'elle procure au marchand la satisfaction de pouvoir la faire, voire l'orgueil corporatif de pouvoir affirmer la qualité de ses produits et cela suffit pour expliquer sa volonté de faire une promesse sincère.

On a proposé aussi de prendre pour critère l'écart existant entre la prestation demandée et le prix offert, mais là encore se retrouve la même objection : la valeur d'une prestation est purement subjective et le criterium se heurte aux mêmes objections que celui basé sur l'intérêt. Ce qu'il faut rechercher ce n'est pas si la déclaration de volonté nous apparaît sérieuse ou non, mais si elle l'est dans la volonté de son auteur. Le seul criterium qui nous paraisse admissible pour résoudre la question c'est de rechercher, en fait, l'intention de l'auteur de la déclaration. Si l'auteur d'une offre a voulu faire une offre au sens technique et juridique du mot, peu importe ce que nous en pensons, elle est valable et peut être valablement acceptée. Toutes réserves étant faites cependant sur le caractère moral de la déclaration et sur la protection que l'on doit donner aux tiers qui y ont légitimement cru.

Une fois de plus, nous constatons l'importance de l'intention dans la déclaration de volonté; ainsi, lorsqu'une personne accomplit un de ces actes qu'exige la vie en société, qu'elle le fasse par habitude ou par courtoisie, qu'il s'agisse d'un acte sans conséquence ou comportant pour elles certains sacrifices ou risques, il est bien évident qu'elle ne veut pas s'engager juridiquement. La jurisprudence affirme du reste nettement « que les rapports mondains peuvent donner naissance à une obligation délictuelle mais jamais à une obligation contractuelle »¹. Si,

1. Taffe, *Responsabilité civile en dehors du contrat et du quasi-contrat et du délit*, Thèse Paris 1921, p. 53.

par exemple, une personne offre à une autre de l'emmenner faire une promenade dans son automobile et que cette offre soit acceptée, il ne naît pas de contrat de transport. « Aucun contrat de transport ne se forme, dit la jurisprudence, entre le conducteur d'une automobile et la personne qu'il transporte gratuitement »¹. Précisément, en rendant de tels arrêts, la jurisprudence ne fait qu'interpréter la volonté du transporteur bénévole qui n'a jamais eu l'intention de s'engager contractuellement car, d'une façon générale, celui qui rend à autrui un service n'a pas l'intention de s'engager par un lien juridiquement obligatoire². M. Perreau précise (dans son étude sur la courtoisie, la complaisance et les usages non obligatoires)³ : « Que la distinction entre la rémunération faite par courtoisie et celle faite à titre de salaire est une question de faits, par conséquent, pouvons-nous en conclure, une question d'intention ».

Il peut se faire que la volonté exprimée dans une déclaration de volonté, bien que paraissant être l'expression de la volonté réelle de son auteur, ne puisse pas cependant être considérée comme une volonté juridique eu égard à la qualité intrinsèque de cette volonté ou en considération de la personne de qui elle émane. Il se peut, en effet, que cette volonté soit entachée d'un vice la rendant inefficace ou que son auteur soit incapable de s'engager juridiquement.

Aux termes de l'ar. 1.109 du Code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extirpé par violence, ou surpris

1. Grenoble, 15 nov. 1921, Caen 26 nov. 1924 ; Paris 9 mai 1925 ; Nîmes, 14 déc. 1925 ; Lyon, 23 mai et 10 juin 1925 ; Douai 30 nov. 1925. Dalloz 1926-2-121.

2. Planiol, Ripert, Esmein, op. cit., n° 99, p. 121. — Aussi Demogue op. cit. n° 564.

3. *Revue trim. de droit civil*, 1914, p. 503. Spécialement 508 et 507.

par dol ». Le consentement n'est pas que l'expression d'une volonté, on peut en conclure qu'il n'y a pas de volonté si elle est entachée d'un de ces vices appelés vices du consentement. Mais, alors, il n'y a pas de déclaration de volonté si la volonté qui est à sa base se présente viciée d'erreur, de violence ou de dol, voire, pour certains contrats, de lésions (art. 1.118).

En principe, ce raisonnement paraît logique, mais il ne faut pas oublier toutefois que toute erreur, tout dol, toute violence, ne suppriment pas la volonté; pour ce faire, ils doivent présenter un certain degré de gravité et se réaliser dans des circonstances que précise l'article faisant suite à l'article 1109.

« L'erreur, déclare l'art. 1.110 n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. » Une fois la substance définie, il doit être facile, semble-t-il, de connaître tous les cas où l'erreur empêchera le contrat d'être valable. Deux théories se sont affrontées, l'une, dite « théorie objective », voulait que la substance soit définie par ses caractères extérieurs et soit synonyme de matière. Théorie venue du Droit romain pour lequel l'erreur sur la substance consistait à se tromper sur la matière même dont un objet était fait; par exemple, prendre du plomb pour de l'argent, de l'or pour du cuivre. L'autre théorie a réagi contre cette façon d'apprécier la substance et n'a voulu considérer que les qualités voulues par les parties et, pour ce, a été appelée « théorie subjective ». Le jurisconsulte belge Laurent¹, qui en a été sinon l'inventeur du moins l'animateur, l'expose et la résume en ces termes :

1. Laurent, t. XV, n° 488. Sur l'erreur, voyez Celice. L'erreur dans les contrats, th. Paris 1922. Voyez également sur la th. romaine, Ulpien, liv. 28, *Ad Sabinum*, D. 18-1-9-2; l'opinion de Marcellus, critiquée par Ulpien.

« L'erreur sur la substance est une erreur sur les qualités : mais toute erreur sur les qualités n'est pas substantielle, il faut qu'elle tombe sur une qualité principale et c'est l'intention des parties qui décidera si une qualité est principale ou non. La question, continue-t-il par la suite, est donc en définitive une question d'intention c'est-à-dire que le juge doit la décider d'après les circonstances de la cause. »

Le moyen de reconnaître si l'erreur doit être prise en considération, consiste à se poser la question : « les parties auraient-elles ou n'auraient-elles pas contracté? » Cette théorie a réuni l'adhésion de la majorité des auteurs modernes¹ et une jurisprudence constante la consacre. Il est permis d'affirmer, que c'est en réalité la théorie subjective qui est consacrée par le Code civil, car l'art. 1110, par. 2, déclare : « Elle (l'erreur) n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe pas sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » La cause principale de la convention c'est ce que les parties ont voulu obtenir ; c'est donc l'intention des parties. Cela nous montre une fois de plus le rôle capital joué par l'intention dans la déclaration de volonté, puisqu'il faut que l'erreur porte sur elle, pour qu'elle puisse faire annuler le contrat. Si l'erreur ne porte pas sur ce qui a été l'intention des parties ou d'une des parties, elle n'est pas prise en considération. Lorsque l'erreur annule un contrat, elle le fait en réduisant à néant une des déclarations de volonté, ou les deux, cela en enlevant à la déclaration de volonté un de ses éléments essentiels, l'élément interne : la volonté. Lorsqu'une personne par exemple

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* ; t. I., n° 54 et ss. Planiol et Ripert, *Traité élém.*, II, n° 1053, Colin, Capitant, II, p. 281.

achète un objet, ce qu'elle a voulu c'est l'objet tel que le lui présentaient ses facultés intellectuelles si ces représentations ne correspondaient pas à la réalité, l'objet n'a pas été voulu¹. L'erreur n'a pas fait disparaître toute espèce de volonté, elle a fait disparaître la volonté nécessaire à la formation du contrat : la volonté réelle, celle qui correspond à l'intention du contractant.

Les art. 1111 à 1115 du Code civil fixent les conditions nécessaires à la violence, pour qu'elle soit considérée comme vice du consentement. D'apparences nombreuses ces conditions peuvent, après analyse, se résumer à deux. Tout d'abord la violence doit être immorale, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être la juste exécution d'un droit. La seconde condition c'est que ce soit la violence elle-même qui ait obligé la personne violentée à donner son consentement au contrat. « Un mal sera considérable et présent, dit M. Breton, reprenant les termes mêmes de l'art. 1112 lorsqu'il aura été assez grave pour avoir déterminé la personne violentée, et ajoute-t-il, l'appréciation subjective seule fait loi². » Nous pouvons dire qu'il y a violence, lorsque l'intention du contractant était d'éviter le mal dont on le menaçait. Mais alors le contrat n'est pas nul parce qu'une des déclarations de volonté est inexistante parce que contraire à l'intention de son auteur, puisque l'intention étant d'éviter un mal, le mal a été évité. Oui, mais l'intention, la volonté réelle nécessaire à la déclaration de volonté, celle qui lui donne son caractère juridique c'est une volonté libre. Or, ici la volonté n'était pas libre, et la déclaration de volonté est inexistante.

Le dol consiste en une tromperie commise dans la conclusion d'un acte juridique³. Un contrat entaché de dol est par conséquent un contrat entaché d'erreur. Mais la source

1. Célice, *op. cit.* p. 34 et la discussion de la théorie de Savigny.

2. Breton, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, th. Caen 1925

3. Planiol et Ripert, *Traité élém ou* „1, n° 281, X^e éd.

de l'erreur réside dans les agissements frauduleux de l'une des parties. Le dol vicie le consentement parce qu'il produit une erreur¹, mais il est aussi un délit parce qu'il est issu de la fraude. « Le dol, dit R. Saleilles², n'est pas seulement un vice de consentement, c'est aussi une peine. Le vice du consentement c'est l'erreur, la peine c'est que peu importe son importance ». Ce que nous avons dit relativement à l'erreur pourrait donc être repris à propos du dol, vice du consentement sans perdre de vue toutefois qu'il se complique d'un délit. Mais un principe reste à la base de toute la théorie : c'est que le dol doit avoir été la cause du contrat (art. 1116 du Code civil).

La lésion est le dommage pécuniaire qu'un acte juridique cause à la personne qui l'a fait³. « Elle ne constitue pas, dit M. Planiol, un vice du consentement distinct ». En effet, de deux choses l'une ; ou bien l'auteur de l'acte a connu la lésion qu'il allait subir, ou bien il l'a ignorée. Au premier cas, on considère son consentement comme n'étant pas libre, il a consenti, sous l'empire d'une nécessité présente, telle qu'un danger de mort ou un besoin d'argent. Au second cas, la lésion se confond avec l'erreur.

M. Demontès⁴ refuse de voir dans la lésion un vice du consentement, elle est pour lui une atteinte à la liberté individuelle. Mais n'est-ce pas dire que la personne lésée n'a pas donné librement son consentement? Le mérite de M. Demontès est d'avoir montré par sa théorie, l'influence de la morale dans cette matière et M. G. Ripert a péremptoirement démontré que non seulement la morale influait,

1. Voyez *Le dol vice du consentement en Droit français et la misrepresentation anglaise*, Th. Tag. eldine, Lyon, 1926, p. 3.

2. R. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 51 et suiv.

3. Planiol et Ripert, *Traité élém.*, I, n° 284, 10^e éd.

4. E. Demontes, *De la lésion dans le contrat entre majeurs*, Paris, 1924, p. 216.

mais encore dominait toute la théorie de la lésion¹.

Il nous semble permis de conclure après ce bref et rapide examen des vices du consentement, que c'est l'élément « intention » qui en la matière a toute valeur. Les vices du consentement doivent entacher l'intention des contractants, et ils s'apprécient eu égard à la volonté interne des contractants. Si nous nous souvenons que toute déclaration de volonté a à sa base une volonté vraie, nous devons logiquement en conclure que toute déclaration de volonté entachée d'un vice du consentement est inexistante et que par conséquent le contrat qu'elle contribue à former est nul de droit. Cependant, le Code civil répond non : l'article 117 dispose : « la convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision ». C'est-à-dire que la convention ne sera annulée que par la personne dont la volonté a été viciée.

Pourquoi ? Parce que l'élément *intention* domine et que le Code civil est logique avec lui-même. L'intention d'un individu peut échapper aux étrangers, le vice peut n'être qu'apparent. Qu'importe le dol, la violence, l'erreur, s'ils n'ont pas obligé la soi-disant victime à contracter. Le contractant sait seul ce qu'il veut, ou ce qu'il a voulu; s'il a vraiment été victime d'un vice du consentement, il manifestera son intention d'annuler le contrat en agissant en nullité ou en rescision, mais si la volonté de contracter est restée libre, la personne engagée valablement sera tenue d'exécuter son obligation. La théorie des vices du consentement tant en elle-même que dans ses effets est, peut-on affirmer, la consécration la plus absolue de la toute puissance de l'intention. Mais le législateur de l'an VIII a pris

1. Georges Ripert, *La règle morale*, Paris, 1927, n^{os} 61 et suiv. particulièrement 68 à 71.

soin, pour éviter les abus qui pourraient s'introduire sous le couvert du défaut de volonté, de préciser les conditions nécessaires pour agir en nullité sur le fondement d'un de ces vices.

La déclaration de volonté peut émaner d'une personne incapable de s'obliger juridiquement soit que cette personne soit frappée d'une incapacité de droit, soit qu'elle soit frappée d'une incapacité naturelle. La déclaration de volonté sera inefficace non parce qu'il lui manquera la volonté réelle de son auteur, mais parce que cette volonté ne sera pas considérée comme une volonté juridique.

Dans le cas d'incapacité de droit comme celle frappant l'interdit légal, la femme mariée ou le prodigue, la volonté est inopérante parce que la loi veut qu'il en soit ainsi. Aucune difficulté ne se présente, pour l'interdiction des condamnés à une peine afflictive et infamante (art. 29 du Code pénal et loi du 31 mai 1854 : art. 2). Car l'interdiction étant une déchéance, qui a pour but de rejeter l'individu hors de la société en lui supprimant ses droits, l'interdit ne peut plus accomplir d'actes juridiques et s'il le fait, ces actes seront nuls de plein droit, car il n'appartient plus au monde juridique.

L'incapacité du prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, est une incapacité intermittente en ce sens qu'il possède une volonté capable de produire des effets juridiques à condition qu'il soit assisté de son conseil ou que ces effets juridiques ne contribuent pas à lui faire dilapider son patrimoine. En dehors de ces cas, toute déclaration de volonté du prodigue est nulle parce que l'élément volonté de la déclaration est affirmé inexistant par la loi. Cependant on peut objecter que la nullité qui frappe un tel acte est une nullité relative. La raison en est dans l'impossibilité de trouver un critérium qui permette de distinguer l'acte de prodigalité de l'acte raisonnable. La loi s'en était rapportée au prodigue

pour demander l'annulation ; plus logique, la jurisprudence a permis au conseil judiciaire d'agir au nom de l'incapable.

De même notre droit fait de la femme mariée non autorisée par son mari une incapable tout au moins pour les actes qu'elle ne s'est pas réservé, par contrat de mariage, la possibilité d'accomplir. Hormis ces cas, la déclaration de volonté de la femme mariée est inexistante car, comme le prodigue, sa volonté ne peut pas produire d'effet juridique. Mais ici encore la nullité qui frappe un tel acte est une nullité relative. En réalité, tant pour le prodigue que pour la femme mariée, la loi a simplement voulu les empêcher de passer certains actes et, pour ce faire, elle a déclaré leur volonté inexistante au point de vue juridique.

Il paraît donc logique de déclarer ces actes nuls de plein droit à cause d'absence de volonté juridique. Mais la question se complique du fait que l'incapacité est prononcée par mesure de protection. Protection de la famille et de l'incapable lui-même. Or, précisément, il ne faut pas qu'une mesure de protection se retourne contre le protégé et c'est ce qui se produirait si l'on déclarait nul un contrat avantageux pour l'incapable. Devant l'impossibilité matérielle de trouver un critérium exact permettant de différencier l'acte nuisible de l'acte utile la loi s'en est rapportée aux personnes chargées de protéger l'incapable pendant la durée de l'incapacité et à l'incapable lui-même après que l'incapacité aura cessé.

Le caractère relatif de la nullité se justifie donc par des raisons de fait aussi ne faudrait-il pas conclure de ce caractère relatif de la nullité, qu'il existe une volonté juridique dans l'acte tombant sous le coup de l'incapacité. Dans l'esprit de la loi, l'incapable, dans le domaine de son incapacité est sans volonté et, si la nullité prononcée n'est qu'une nullité relative, ce n'est pas en considération de la

volonté de l'incapable mais pour permettre de déterminer le plus exactement possible les limites de l'incapacité elle-même. Le caractère relatif de la nullité n'a rien à voir avec le fondement de cette nullité, son fondement c'est l'absence de volonté. Aussi, bien que frappé de nullité relative, l'acte est nul de droit.

La déclaration de volonté, incluse dans un acte déclaré par son annulation comme inscrit dans le cercle de l'incapacité, se révèle donc inexistante par défaut de volonté. Il vaudrait mieux dire, que manquant d'un élément essentiel, il n'y a jamais eu de déclaration de volonté et que celle qui semblait être n'était en réalité qu'une apparence.

Les incapacités naturelles sont celles qui dérivent de la nature même, telles celles qui frappent le mineur et le fou. Le mineur n'a pas encore atteint un développement intellectuel suffisant pour que sa volonté ait force juridique. Cependant le mineur a une volonté au sens psychologique du terme, et, d'autre part, tous les actes juridiques ne présentent pas le même degré de gravité dans leurs conséquences ; aussi, le Code civil a-t-il établi des distinctions. Pour certains actes particulièrement graves, la volonté du mineur est considérée comme absolument inefficace et doit être renforcée par des formalités ayant pour but de faire approuver l'acte à conclure par des volontés majeures et éclairées. Faute de ces formalités, l'acte est nul de droit pour vice de forme. Pour les actes de conséquences moins graves c'est l'application de l'adage « *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lusus* » qui permettra de savoir si le mineur a émis une volonté ayant une valeur juridique ou non. Le vice de lésion rend les actes juridiques du mineur inexistantes parce qu'il leur manque la volonté juridique.

Du fait du jugement prononçant l'interdiction, l'interdit perd la volonté juridique. Donc, toute déclaration de volonté émanant d'un interdit est nulle. Mais en cette matière comme en matière d'incapacité de droit, nous nous heurtons à la difficulté d'assurer la protection de l'incapable. Aussi pour l'interdit, comme pour le mineur, que l'acte soit nul par vice de forme ou pour cause de lésion, la nullité qui le frappe n'est qu'une nullité relative. La raison est la même que celle que nous avons donnée pour l'incapacité du prodigue ou de la femme mariée : il ne faut pas qu'une mesure de protection puisse nuire à la personne qu'elle a pour but de protéger. Il n'en est pas moins vrai qu'en cas d'incapacité naturelle comme en cas d'incapacité de droit la déclaration de volonté d'un incapable émise dans le domaine de son incapacité est nulle par défaut de volonté. En cette matière encore, le caractère relatif de la nullité n'est qu'un moyen de se rendre compte si l'on est ou non dans le domaine de l'incapacité.

Toute déclaration de volonté est basée sur une volonté juridique, c'est-à-dire, une volonté réelle et libre, exprimant l'intention de la personne qui l'émet ; c'est cette volonté qui constitue l'élément interne de la déclaration de volonté. Au regard du Droit français, cet élément interne, volonté de contracter ou de s'engager juridiquement, doit être avant tout sérieux, car ce qui n'est pas sérieux n'est pas véritablement voulu. De plus, cette volonté doit être une volonté saine, toute volonté entachée d'un vice de consentement n'est pas une volonté juridique : soit que la représentation interne des conditions de la convention ou de l'acte à passer ne correspondent pas aux conditions réelles comme il se produit dans le cas d'erreur : soit qu'une violence ait empêché la volonté de s'exprimer librement. Enfin, la personne émettant cette volonté doit être capable de s'engager

juridiquement. Si elle est totalement incapable, sa volonté n'aura jamais d'effet juridique. Si son incapacité n'est qu'intermittente, sa volonté n'aura d'effet que si elle est émise hors de la sphère de son incapacité.

Ainsi, nous pouvons conclure de l'étude de l'élément interne de la déclaration de volonté : « Il n'y a pas de déclaration de volonté au sens technique et juridique du terme, si son élément interne, la volonté réelle de s'obliger juridiquement est entachée d'un vice du consentement, ou si la déclaration émane d'une personne n'ayant pas la capacité juridique d'émettre une telle volonté.

CHAPITRE II

La volonté extériorisée

Etude de l'élément externe de la déclaration de la volonté

Toute déclaration de volonté, à quelque catégorie qu'elle appartienne, est formée, avons-nous constaté, de deux éléments, un élément interne : la volonté du déclarant, un élément externe : l'extériorisation de cette volonté. Bien que d'une importance capitale, la volonté interne ne suffit pas à elle seule, à réaliser une déclaration de volonté si elle n'est pas exprimée au dehors et, même, la question s'est posée de savoir si une volonté interne, présentant toutes les qualités nécessaires à faire naître un rapport de droit par son extériorisation, pouvait être considérée comme une volonté juridique alors qu'elle ne s'est pas extériorisée. Nous nous arrêterons sur ce problème durant la première section de ce chapitre, après quoi, abandonnant le point de vue de la volonté juridique en elle-même, nous nous placerons sous l'angle plus fermé de la déclaration de la volonté, nous demandant quels caractères doit présenter l'extériorisation pour qu'une déclaration de volonté soit réalisée.

I^{re} SECTIONDE LA NÉCESSITÉ D'UNE EXTÉRIORISATION
POUR OBTENIR UNE VOLONTÉ JURIDIQUE

Une volonté juridique est une volonté susceptible de produire son effet de droit. Pour qu'il en soit ainsi, dit R. Saleilles¹, « il ne suffit pas d'une volonté interne, alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure ». Une doctrine unanime en France soutient cette opinion² que l'on exprime par l'adage : « voluntas in mente retenta voluntas non est ». Cependant une doctrine allemande a prétendu qu'il existait des actes juridiques qui se formaient par simple intention, sans que la volonté interne ait besoin de se manifester extérieurement et les auteurs Eltzbacher, Manigk et Pininski qui soutiennent cette doctrine donnent comme exemples de tels actes : l'occupation, la déréliction, la prise ou la perte de possession, et l'établissement du domicile³.

Toute réserve faite sur le point controversé de savoir si ces opérations sont de véritables actes juridiques⁴, nous les

1. R. Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, 1901, p. 1. Voyez les développements.

2. Génv, *Science et technique*, III, p. 103 : « La déclaration c'est l'enveloppe de la volonté susceptible de la faire admettre dans le domaine du droit. » ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, p. 351 et 834 : « Une volition qui ne se traduit pas à l'extérieur est le néant au point de vue juridique » ; Planiol, Ripert, Esmein, n° 126, p. 164 ; Valéry, *Contrat par correspondance*, p. 84 ; Bonnecase, suppl. au traité de Baudry-Lacantinerie, II, n° 398 et suiv ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 27 et suiv ; Demogue, II, n° 214 et n° 539 et suiv. ; Charmont, *L'évolution du droit*, § 38 et suiv., p. 75 ; Celice, thèse de Paris 1922, p. 6 ; Cohen, thèse, p. 114 ; Mircea Durma, thèse de Paris, 1930, *La notification de la volonté*, p. 27 et suiv. ;

3. Mircea Durma, p. 40 et les ouvrages allemands cités : Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht*, Berlin, 1903 ; Manigk, *Das Anwendungsgebiet des Vorschriften für die Rechtsgeschäfte* ; Pininski, *Die Thalbest und die Sachbesitzerwerb*.

4. L'établissement du domicile n'est pas considéré en Droit français comme un acte juridique, Gounot, thèse p. 240 ; Civ. 8 avril 1913, S. 1913-1-218 ; Civ. 30 juin 1913, S. 1913-1-359 ; Req. 26 oct. 1909, S. 1910-1-422 ; Pour l'occupation et la dereliction, voyez Planiol, Ripert et Picard, p. 573 ; Demogue, *Traité*, I, n° 12 ; Colin Capitant, I, p. 850.

considérons comme comportant deux éléments : un élément matériel : l'emprise de la chose, appelé *corpus* et un élément intentionnel : volonté de destiner la chose à telle fin : *l'animus*. Cependant *corpus* et *animus* sont réunis dans l'acte et forment un tout. On les divise pour des raisons d'étude, comme un chimiste divise les divers éléments d'un corps composé, mais pratiquement ils ne sauraient l'être sans détruire l'acte qui les contient. Le *corpus* est toujours lié à l'*animus* qui détermine l'acte qu'il est et l'*animus* sans le *corpus*, devient une simple volonté n'ayant aucun effet juridique reconnu par le droit. Cette impossibilité matérielle de séparer le *corpus* de l'*animus* est niée par la doctrine que nous examinons. Pour elle, c'est l'*animus* seul et en lui-même qui a une valeur juridique et qui réalise l'effet de droit, le *corpus* n'est que la matérialisation de l'intention. Mais précisément, répondons-nous, matérialiser une intention, c'est lui donner une forme perceptible pour autrui, autrement dit, c'est l'extérioriser. Chercher l'élément prépondérant du *corpus* ou de l'*animus* nous paraît une recherche vaine et inutile, car envisagé par rapport au but poursuivi, ce but ne peut être atteint que par la réunion de ces deux éléments dont l'un est un élément interne et l'autre un élément d'extériorisation. Prétendre, dans les actes que nous étudions, que le *corpus* n'a aucune importance juridique et que seul l'*animus* en tant que volonté interne réalise le but de droit poursuivi, nous apparaît comme un véritable paradoxe ; car, même si cette volonté interne se manifeste extérieurement par un moyen autre que le *corpus*, le droit lui refuse tout effet juridique. Je peux déclarer à tout venant que je veux acquérir la propriété de telle chose qui n'appartient à personne, si je ne l'occupe pas, malgré ma volonté exprimée et connue de tous, je n'acquerrai jamais cette propriété. Donc, l'*animus* seul est impuissant à réaliser le but juridique.

Paradoxale aussi apparaît cette doctrine dans le choix de ces exemples empruntés au régime des biens et au droit des personnes, matières réglementées impérativement dans leur essence par des lois d'ordre public et, par conséquent, hors du domaine de l'autonomie de la volonté. Si la volonté interne avait une force juridique, c'est dans le domaine du contrat dominé par la toute puissance de la volonté libre qu'elle se serait manifestée; or elle ne s'y manifeste pas, donc, la volonté interne non exprimée ne constitue pas une volonté au sens juridique du terme.

Refuser de considérer la volonté interne comme une volonté juridique, n'est-ce pas porter atteinte au principe de l'autonomie de la volonté ? N'y a-t-il pas comme le déclare M. Demogue¹ un glissement du principe vers d'autres idées qui donnerait pour cause à l'acte juridique non plus la volonté, mais le fait que « des tiers en ont pris acte et ont escompté sa stabilité » ? Avant de répondre à cette question, et pour pouvoir y répondre, nous devons chercher tout d'abord pourquoi la volonté pour être une volonté juridique doit être extériorisée.

La première réponse qui vient à l'esprit, c'est qu'il est impossible de faire la preuve d'une volonté interne. Les canonistes exprimaient cette impossibilité par l'adage : « *ecclesia non judicat de internis* ». La personne intéressée à se réclamer d'une telle volonté, serait dans la situation d'un contractant qui ne s'est pas réservé la preuve de son contrat. Cependant, objecte-t-on, il est des cas en droit, où l'intention de l'homme, non manifestée, peut se prouver ; par exemple lorsqu'on invoque la bonne ou la mauvaise foi qui sont les états purement internes. L'argument ne paraît

1. Demogue, II, p. 130.

pas irréfutable, car, s'il est vrai que la bonne ou la mauvaise foi sont des éléments internes, en matière juridique ils s'établissent sur des faits et, précisément, ces faits sont l'extériorisation de ces éléments internes. Ainsi, lorsqu'on invoque la bonne ou la mauvaise foi, on invoque ces éléments extériorisés de façon indirecte peut-être, mais réelle cependant. Si aucun fait ne vient témoigner en faveur ou contre la bonne foi, on en sera réduit à la présumer conformément à la règle que la mauvaise foi ne se présume point. Le serment et l'aveu sont aussi, ajoute-t-on, des moyens de prouver la volonté non extériorisée. C'est là en vérité jouer sur les mots, car, si le serment et l'aveu font connaître la volonté interne, c'est précisément parce qu'ils l'extériorisent. Si je n'avoue pas ou si je ne prononce pas le serment, mon intention restera à jamais improuvée et improuvable. Pour M. Dereux¹, l'impossibilité de prouver la volonté interne n'est pas absolue : « Je dis, écrit-il, à un commerçant, que je suis entré hier dans son magasin avec l'intention d'acheter quelque chose, mais il n'était pas là et ensuite j'ai changé d'avis ».

Si, conclut-il, l'extériorisation n'est qu'un élément de preuve, le contrat est formé, puisque la preuve est faite; la volonté interne est devenue irrévocable, car les deux intentions ont coexisté. La volonté interne en l'occurrence, a été, comme nous l'avons déjà remarqué, extériorisée. Et, la question qui se pose est celle de savoir si l'extériorisation d'une volonté interne a un caractère rétroactif, c'est-à-dire dans l'hypothèse de M. Dereux, si le contrat se forme au moment de l'extériorisation de l'acceptation ou au moment où cette acceptation s'est trouvée voulue dans la conscience de l'acheteur. Si c'est par l'affirmative qu'il faut

1. Dereux, *Revue de Droit Commercial*, p. 260, Thèse, p. 340 et suiv.

répondre, comme le fait M. Derieux dans son hypothèse, il reste à résoudre le point de savoir comment faire la preuve de l'origine de cette volonté interne. Toutes les discussions, nous ramènent à constater qu'il est matériellement impossible de faire la preuve d'une volonté interne quel que soit le moyen que l'on veuille employer. Cela résulte du fait que la volonté est un élément de la conscience de l'homme et que toute communication de conscience à conscience est impossible. Quoi qu'il veuille exprimer, l'homme doit avoir recours à l'intermédiaire de facteurs extérieurs sans quoi sa pensée reste impénétrable à autrui, cachée derrière « le mur infranchissable du moi ² ». Dire qu'une volonté est prouvée, c'est affirmer qu'elle s'est extériorisée; en rechercher la preuve ce n'est qu'en rechercher les éléments de manifestation extérieure seuls perceptibles aux hommes. L'impossibilité de prouver la volonté interne nous apparaît en dernière analyse comme le corollaire d'une règle plus large : l'impossibilité des rapports de conscience à conscience. Nous ne sommes donc pas en présence d'une impossibilité de droit, mais d'une impossibilité de fait tenant à la nature humaine. C'est pourquoi nous ne reconnaissons pas la volonté interne non exprimée comme relevant de la science juridique. La volonté interne est un phénomène psychologique qui n'a rien de commun avec le droit, science sociale réglant les rapports d'individu à individu.

La volonté interne, non exprimée et imperceptible à autrui, ne peut pas faire naître un rapport entre individus. Aussi, pour que la volonté humaine rentre dans le domaine des spéculations juridiques, elle doit créer un rapport social et donc s'être manifestée extérieurement. La véritable raison qui fait exiger qu'une volonté soit extériorisée pour

1. William James, *Psychologie expérimentale : la conscience*, ch. I.

être une volonté juridique, c'est l'impossibilité de faire entrer un élément de conscience purement interne dans le champ d'étude d'une science sociologique. Un argument de fait préside donc à cette exigence, mais l'examen du processus de la volonté va nous faire découvrir un argument de droit.

Prenons un exemple, la volonté d'un individu qui achète un objet. A l'origine, on ne trouverait qu'un simple désir, assez flou, envisageant l'utilité et la commodité de posséder un tel objet. Puis ce désir s'amplifie et devient l'admission par l'individu de considérer cet achat comme une chose possible, état que traduit la phrase : « Je pourrais bien acheter cet objet ». Enfin la volonté devient réelle, l'individu qui nous occupe déclarera au marchand : « Je vous achète cet objet pour tel prix ». Jusqu'à cet acte, il y a bien une volonté d'acheter, mais une volonté qui dans l'esprit même de son auteur n'est pas définitive et donc, insuffisante pour produire quelque effet juridique ou social. La volonté n'est devenue vraiment parfaite pour son auteur que lorsqu'il l'a manifestée. A ce moment et à ce moment seulement il sait qu'il veut, et qu'il veut bien¹. Ainsi l'extériorisation de la volonté ne nous apparaît pas seulement comme une nécessité de fait obligatoire à faire naître un rapport entre les hommes, mais aussi comme un élément essentiel à la volonté elle-même. C'est le dernier acte donnant la perfection à la volonté, la dernière touche au tableau sans laquelle l'œuvre existe, mais cependant n'est pas entièrement achevée, quand même l'impossibilité de fait que nous avons constatée n'existerait pas, quand bien même la volonté interne d'un individu serait perceptible à autrui; néanmoins, la manifestation de la volonté serait nécessaire à créer la volonté juridique parce qu'elle est partie inté-

1. Voyez le raisonnement analogue de M. Bartin relativement à la justification de l'article 1341 dans Aubry et Rau, t. XII, § 762, note 3 bis, 5^e éd.

grante de la volonté. Et nous concluerons cette fois avec M. Dereux : « L'extériorisation a une valeur propre, comme le corps d'un homme n'est pas seulement la preuve de son existence, mais une partie de sa personne¹ ».

Nous pouvons maintenant répondre à la question précédemment posée de savoir s'il n'y a pas contradiction entre le dogme de l'autonomie de la volonté et l'exigence d'une extériorisation. Ou encore de savoir si le principe n'a pas glissé vers d'autres idées mettant au premier plan la sécurité des tiers qui ont escompté la stabilité de la volonté. Non, le principe est resté ce qu'il était : la consécration de la toute puissance de la volonté libre car l'extériorité n'est qu'une condition de la perfection de la volonté. Ce qui serait une atteinte au principe, serait justement de considérer une volonté non exprimée comme volonté juridique car ce serait donner une force juridique à un état psychologique qui n'est pas encore une volonté.

II^e SECTION.

L'EXTÉRIORISATION DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ

L'extériorisation est une condition nécessaire à créer la volonté juridique, mais on peut se demander si toute manifestation de volonté peut donner naissance à une déclaration de volonté ou au contraire, si cette manifestation ne doit pas présenter certains caractères externes lui étant propres.

Le Droit français étant antiformaliste, l'expression de la volonté réalisée par n'importe quel moyen, peut être une déclaration de volonté. Cependant dans la pratique, la déclaration de volonté sera faite le plus souvent de manière à en laisser la preuve. Parfois, et cela se présente générale-

1. Dereux, *Riv. de dir. com.*, p. 260, thèse, p. 343.

ment pour les déclarations à volonté passive, la loi ou un accord antérieur des parties fixe le genre d'expression que devra obligatoirement employer le déclarant, le plus souvent une déclaration de volonté expresse¹.

Pour les déclarations à volonté active, la loi exige parfois aussi un mode d'expression de volonté déterminée. L'article 1173 du Code civil, par exemple déclare que la novation ne se présume point et l'article 1202 a la même exigence pour la solidarité. En dehors de ces exceptions conventionnelles ou légales, le principe de la liberté d'expression de la volonté reprend toute sa force et la déclaration de volonté peut se faire en Droit français par n'importe quel moyen d'extériorisation. Il peut être utile, malgré tout, de préciser les notions de déclaration tacite et de déclaration expresse pour les cas exceptionnels que nous venons d'indiquer. Une déclaration de volonté est expresse, a-t-on coutume de dire, lorsqu'elle est faite par des procédés qui, d'après les usages courants de la vie sont considérés comme étant destinés à la manifestation de la pensée et de la volonté (comme l'écriture, la parole et même certains signes habituels ou convenus). Au contraire, est tacite, toute déclaration faite par des faits ou actes qui ne pourraient s'expliquer en l'absence de consentement². Cette distinction, à première vue excellente, est cependant loin de donner une entière satisfaction. Elle est tout d'abord essentiellement formaliste et peut difficilement pénétrer dans un droit qui a pour souci constant de consacrer la liberté et qui n'exige des formes que pour

1. Planiol, Ripert, Esmein, p. 127, n° 105. Les termes employés par la loi sont : *stipulation expresse*, art. 843, 932, 1197, 1202, 1250, 1392, 1695, 1772, 2054 ; *termes exprès* : 927, 932 ; *formelle*, 621, 1434, 1435 ; *stipulation contraire*, 1440, 1627, 1717, 1743, 1843, 1888, 1995, 1981, 1986, 2130.

2. Aubry et Rau, § 343, note 3 ; Zittelmann, p. 26, *Irrtum*.

protéger la libre volonté de l'individu. De plus, elle a le grave défaut de ne tenir aucun compte du destinataire de la déclaration qui, en l'occurrence, est le principal intéressé. En effet, qu'importe la façon dont je m'exprime si ma volonté est immédiatement saisie et comprise par la personne à qui je m'adresse. Devant ces reproches, une deuxième théorie s'est développée, basée non plus sur la forme extérieure de la déclaration de volonté, mais sur le degré de certitude de la déclaration, envisagée du point de vue de son auteur et du destinataire. Cette théorie différencie la déclaration directe de la déclaration indirecte de volonté. La déclaration directe est celle qui est faite en vue de la conclusion même du contrat, elle est faite en vue de porter la déclaration à la connaissance de l'intéressé¹. Elle peut être orale ou écrite et peut résulter non seulement de signes substitués à la parole, comme le geste de celui qui dans une vente aux enchères, avertit le crieur, mais aussi, de faits ayant un lien direct avec la conclusion du contrat et, ajoute M. Demogue² « de tout acte absolument incompatible avec une volonté contraire à celle sur laquelle on discute. »

La déclaration indirecte est celle qui résulte d'actes poursuivant un but différent et laissant apercevoir d'une façon non douteuse la volonté de l'individu. Il en est ainsi de l'offre de revente faite à un tiers par le bénéficiaire d'une promesse de vente, la remise du titre faite au débiteur par le créancier, l'acceptation de succession résultant de la vente par l'héritier de biens héréditaires. De même, le locataire restant sur les lieux à la fin du bail, est considéré comme manifestant indirectement sa volonté de relouer.

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 105 ; Colin-Capitant, II, p 274, 4^e éd.

2. Demogue, tome I., n° 183, p. 227.

La jurisprudence s'est refusée de donner à la distinction des déclarations expresses ou tacites un caractère uniformément tranché. Pour elle, si dans certains cas la volonté doit être expresse, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse être prouvée par d'autres moyens que la preuve par écrit. Il est toujours possible d'établir au terme du droit commun que telle personne a eu telle volonté, il y a seulement, dit M. Demogue¹ pour le cas de volonté expresse, ceci de spécial « qu'il faut établir que cette volonté s'est manifestée par un acte ou une clause ad hoc, ou par une disposition inconciliable avec la solution différente ». En définitive, la jurisprudence recherche si l'auteur de la déclaration a voulu fermement réaliser une fin juridique et si sa déclaration a été saisie sans équivoque par le destinataire. Dans l'affirmative, la déclaration est expresse (pour nous, directe). Une telle recherche doit varier d'espèce en espèce, aussi la jurisprudence considère cette recherche comme une question de fait. Il s'agit, en effet, de déterminer le degré de certitude de la déclaration par rapport à son auteur et par rapport au destinataire ; la déclaration indirecte étant certaine pour son auteur et incertaine pour le destinataire, alors au contraire que la déclaration directe est certaine pour les deux parties. Cette attitude permet à notre jurisprudence de donner des solutions finement nuancées et en étroite communion avec l'esprit de notre Code. Ainsi, elle se montre plus exigeante en matière de novation qu'en matière de solidarité, plus large pour admettre la dispense de rapport que la stipulation d'intérêts. Cette attitude est d'autant plus louable qu'elle est conforme à la nature même des choses car, ainsi que le fait remarquer Saleilles² « entre la déclaration expresse

1. Demogue, I, n° 184.

2. Saleilles, *op. cit.*

et la déclaration tacite, il n'y a pas une différence fondamentale mais un degré en plus ou en moins dans la certitude et la précision. »

Cela nous explique pourquoi, lorsqu'un conflit se produit entre une déclaration de volonté directe et une déclaration de volonté indirecte, c'est la première qui triomphe. Ainsi, lorsqu'un héritier fait des actes d'aliénation et déclare dans l'acte ne pas vouloir prendre qualité, il n'est pas déclaré héritier¹. En effet, si ce que nous avons affirmé sur la différence entre les déclarations expresses et tacites est exact, cette solution n'est qu'un cas d'application de la règle qu'une volonté réelle doit être à la base de la déclaration de la volonté.

Examinons à présent la déclaration de volonté pour lesquelles le principe de la liberté de manifestation s'applique intégralement, et raisonnons pour les déclarations à volonté active sur l'offre de contrat à personne déterminée ou indéterminée. L'offre de contrat peut être directe ou indirecte, écrite, orale ou faite par gestes. Elle peut se manifester de n'importe quelle manière et, les usages du commerce sont nombreux : prospectus, affiches, objets mis en vitrine, appareils lumineux, etc... Mais n'est-il pas obligatoire pour qu'il y ait offre de contrat, que la déclaration de volonté soit capable de former le contrat par la simple acceptation

1. Requête, 14 avril 1899, S. 1899-1-431, voyez les arrêts sur les déclarations expresse et tacite :

a) *Pour la solidarité* : Requête, 15 juillet 1874, S. 1875-1-290 ; Bordeaux 17 février 1913, rec. Bordeaux 1913-1-112. Req. 7 juin 1882, S. 84-1-157 ; D. 83-1-194 et le rapport du conseiller Lemaire.

b) *Pour la dispense du rapport* : Civ. 10 nov. 1852, S. 1853-1-289 ; Nîmes, 15 déc. 1864, S. 65-2-101 ; Contra, req. 10 nov. 1852, S. 53-1-289.

c) *Pour la novation*, Req. 10 juin 1912, G. P. 12 juin 1912. Req. 12 déc. 1866, D. 67-1-433, S. 68-1-70, Req. 24 juillet 83 S. 85-1-119 ; Req. 19 nov. 1888 S. 89-1-72 ; Pand. F. 89-1-266 ; Req. 27 nov. 1893, D. 94-1-60 ; S. 95-1-167 ; Req. 28 déc. 1908, D. 1909-1-214 ; Angers 29 juil. 1868 D. 69-2-8.

d) *Pour la stipulation d'intérêt*, Cassation, req. 27 avril 1909, S. 1909-1-375 ; D. 09-1-341.

de l'intéressé, autrement dit que tous les éléments nécessaires à la formation du contrat soient inclus dans la déclaration. Pour la vente, par exemple : la chose et le prix ? De nombreux arrêts en ont ainsi décidé¹ : nous citons simplement les attendus d'une décision de la Cour d'appel d'Aix du 14 janvier 1881 confirmée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 janvier 1882 (D. 83-1-105) « Attendu, dit la Cour d'Aix que la C^{ie} de Navigation mixte dans les affiches et publications relatives au départ de ses bateaux à vapeur n'indique jamais le taux de fret auquel elle se charge de transporter les marchandises, que ce tarif est soumis à la discussion des parties, aux chances de la hausse et de la baisse, aux entraînements de la concurrence; que Caillot et Saint-Pierre ne sauraient contester la nécessité pour les tiers de discuter et de convenir du fret avec la Compagnie, précaution élémentaire à cause de la concurrence.

Attendu que ce point est décisif en regard du droit et que le silence gardé par la C^{ie} à ce sujet dans toutes ses publications, suffit à lui réserver sa complète liberté d'action ; que peu lui importent en effet, les avis ou invitations adressés au public par voie d'annonce si l'indication du taux du fret n'y figure pas, qu'en l'absence de cet élément essentiel du contrat, l'offre de service contenue dans lesdites annonces ne donne naissance à aucun lien de droit entre la C^{ie} mixte et les tiers.

Le 3 janvier 1882, la Cour de cassation, Chambre des requêtes a adopté tous ces considérants.

Il ne faudrait pas se hâter de conclure, eu égard aux termes de cet arrêt, que pour notre jurisprudence les énon-

1. Pau, 2 mai 1887, G.P., 87-1-169, Tribunal civil de Bayeux, 4 janv. 1884, G. P., 84, supp. 133 ; Trib. Comm. de la Seine, 5 janv. 1869, S. 1869-2-24 précité ; Aix, 8 fév. 1853, D. 55-2-329, S. 53-2-225 ; Bruxelles, 19 nov. 1900, D. 1902-2-356 ; Nice, 9 janv. 1922, *Gaz. Pal.* 1922-1-186 ; Voyez aussi Valéry *Contr. par corresp.*, 205 et 291 ; Huc, VII, n° 15 ; Gouillard, *Vente*, n° 19.

ciations de tous les éléments du contrat soit la condition *sine qua non*, d'une offre de contracter. Elle se montre au contraire très large dans ses appréciations et c'est ainsi qu'elle a décidé que lorsqu'une personne monte dans une voiture de louage en station, un contrat de transport est immédiatement formé, alors même qu'aucun prix n'est indiqué¹ ».

La Cour de Rouen a eu à se prononcer le 19 mars 1902 sur une espèce dans laquelle le prix et l'objet même d'un contrat de vente étaient indéterminés. Le voyageur de la Maison Hervé et Groze écrit à celle-ci, qu'il a passé un marché d'une demi-farde de café (moka) à 255 fr. avec Cale. Cale écrit à la Maison Hervé et Groze qu'il a passé un marché d'une farde de moka à 355 fr. Aux termes de cette correspondance, il semble qu'il y ait contradiction sur la quantité et sur le prix. Néanmoins la Cour de Rouen a considéré le marché conclu car cette contradiction, dit-elle, n'était qu'apparente et, que les conditions du contrat étaient nettement définies, dans l'intention des contractants.

Nous retrouvons une fois encore la confirmation de la toute-puissance de la volonté des parties. Peu importe en elle-même, les énonciations d'une offre ou de toute déclaration de volonté en général. Le seul élément qui doit arrêter le juge pour discerner la déclaration de toute autre manifestation de volonté est l'intention de son auteur. Et, si les énonciations d'une offre doivent être examinées, c'est précisément pour permettre d'atteindre cette volonté réelle².

Si, dans l'arrêt de la Cour d'Aix du 14 janvier 1881 (précité) le contrat n'a pu se former à cause de l'offre considérée comme incomplète, c'est parce que l'intention du déclara-

1. Trib. de Paix de Paris, XIV^e, 5 janv. 1882, D. 82-3-110; S. 83-2-119.

2. Rouen, 19 mars 1902; D. 1903-2-109. Voyez aussi Civ. 5 déc. 1875, S. 1877-1-179 où il s'agit d'une acceptation.

3. Voyez Papazol, *L'offre et l'acceptation*, th. Paris, 1907.

rant était contraire à la formation de tout engagement, car il jugeait nécessaire de discuter le prix du transport. Au contraire, dans les espèces du Tribunal de Paix du XIV^e arr. de Paris, et de la Cour de Rouen, l'intention du déclarant était de pouvoir se lier immédiatement. Et c'est pour cela que la jurisprudence sans s'attacher aux énonciations de l'offre n'a pas hésité à déclarer le lien juridique formé.

L'acceptation d'une offre de contrat, bien qu'étant une déclaration à volonté passive, à condition cependant que l'offre ait été maintenue, peut se manifester tout aussi librement que l'offre et même, les moyens de la réaliser sont peut-être encore plus variés. Elle peut être orale, écrite, résulter d'un signe approprié et même de l'exécution ou du commencement d'exécution du contrat offert. Dans ce dernier cas l'acceptation est directe, elle peut être indirecte lorsque le bénéficiaire d'une offre de vente de marchandises, revend immédiatement ces marchandises à des tiers. Cependant, l'acceptation doit correspondre exactement aux termes de l'offre. En effet, « accepter, c'est (comme le dit Toullier) vouloir ce qu'un autre nous propose de vouloir », si l'acceptation n'était pas conforme à l'offre, ce ne serait pas une acceptation, ce serait une déclaration de volonté valable mais indépendante de l'offre antérieure et constituant elle-même une offre. La conformité de l'acceptation à l'offre n'est pas une exigence relative à l'existence de la déclaration de volonté, mais une exigence relative à la classification de cette déclaration dans la catégorie des acceptations ou des offres. Cependant, pas plus en matière d'acceptation qu'en matière d'offre, il ne faudrait s'attacher exclusivement aux termes mêmes de l'acceptation. Ainsi, le 5 décembre 1876, la Chambre civile a tranché la difficulté suivante, créée par un arrêt de la Cour de Bastia du 12 janvier 1874¹. Loranzi, marchand de bois, chargea Quar-

1. D. 1877-1-177.

raza de proposer à Vergottini un achat de bois. Le 6 mai Loranzi écrivit à Quarraza pour lui faire connaître les conditions de la vente de ses bois, soit : fournir et livrer 11.000 mc. de bois à 250 fr. le mc. pour les pièces de 8 mètres et plus de longueur, sur 0 m. 30 cm. et plus d'épaisseur et, 42 fr. le mètre cube pour les bois de dimensions inférieures. La lettre se terminait ainsi : « Si vous acceptez ces prix et ces conditions vous pouvez considérer la présente comme contrat passé ».

Le 10 mai, Quarraza écrivit à Loranzi que Vergottini acceptait toutes les conditions et Vergottini lui-même faisait connaître son adhésion complète à ces conditions. Ainsi la lettre de Lorenzi du 6 mai prenait la valeur d'un contrat. Lorenzi, par la suite, a refusé de livrer, motivant son refus sur ce que Vergottini énumérant dans sa lettre du 10 les conditions de la vente, élevait à 32 cm. au lieu de 30 le maximum d'épaisseur des bois à 42 fr.

La Cour de Bastia a décidé que cette erreur n'étant qu'un simple lapsus calami, le contrat était formé. La Cour de cassation Chambre civile confirma cette solution le 5 décembre 1876.

Une fois de plus, c'est sur la base de l'intention du déclarant que la difficulté a été tranchée. Bien que dans ses termes, l'acceptation ne correspondait pas à l'offre, néanmoins la volonté réelle de l'auteur de l'acceptation était de conclure le contrat, et la Cour de cassation après la Cour de Bastia n'a pas hésité à proclamer qu'ici encore, c'est l'intention de l'auteur qui donne à la déclaration de volonté son véritable caractère.

Une difficulté se présente relativement à l'acceptation en ce qui concerne le silence. Le contrat peut-il se former par le simple silence du destinataire de l'offre ? Le silence est-il une acceptation ? La question a été des plus discutées¹ ; elle a donné lieu à de nombreuses solutions jurispruden-

1. Voyez Banault : *le rôle du silence créateur d'obligation*, thèse Dijon 1912.

tielles, et il nous apparaît nécessaire d'examiner si ces solutions sont en conformité avec le rôle prépondérant de la volonté, principe dont nous avons toujours, jusqu'à présent, trouvé la confirmation.

« Il y a silence, au sens juridique du mot, écrit M. Demogue¹ lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet, ni par une action dont on puisse déduire sa volonté ». La question se pose de savoir si cette attitude toute abstentive peut être considérée comme l'équivalent d'une manifestation positive de volonté génératrice d'obligation?

Si comme nous l'avons affirmé et jusqu'à présent constaté, la déclaration de volonté consiste à une certaine volonté réelle manifestée, il semble qu'en aucune façon le silence, attitude purement abstentive, puisse être considéré comme déclaration de volonté. Pour nous, le principe est, qu'en Droit français, le silence n'a aucune valeur juridique car il n'est la manifestation d'aucune volonté pas plus positive que négative. Mais alors, si la loi ou la jurisprudence lui accorde parfois une valeur juridique c'est que ce n'est pas dans ce cas la volonté qui est créatrice d'obligation et le contrat doit se trouver formé, semble-t-il, par autre chose que par concours de volonté.

Au terme de l'art. 1738 du Code civil « si, à l'expiration d'un bail écrit, le preneur reste et est laissé en possession ; il s'opère un nouveau bail ». L'opération réalisée se décompose ainsi : une offre indirecte de bail a été proposée par le locataire du fait de la continuation de sa possession, et cette offre a été acceptée par le silence du propriétaire.

De même l'art. 2186 du Code civil décide que si les créanciers hypothécaires n'ont pas requis la mise aux enchères, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat. Le silence gardé par les créan-

1. Demogue, I, n° 185.

ciers équivalant à une acceptation. On peut citer encore l'art. 31 k liv. I du Code du Travail relatif à l'acceptation d'une convention collective du travail et la loi du 2 juillet 1919 qui pour une durée temporaire a institué le règlement transactionnel pour cause de guerre au profit des commerçants¹.

Malgré cette consécration législative, la jurisprudence a affirmé plusieurs fois le principe « que le silence ne suffit pas à créer des effets de droit ». Dès 1870 le principe de l'inefficacité du silence a été consacré par la Cour de cassation ; en effet, la Chambre civile, dans un arrêt du 25 mai 1870 (S. 70-1-341), déclare : « Attendu en Droit que le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». Le 11 juin 1881, la Cour de Toulouse statuait dans le même sens (S. 83-2-8) et précisait : « Il serait dangereux d'admettre en tous les cas le silence comme une acceptation des propositions faites, le contrat ne pouvant résulter que du concours non équivoque des volontés ». Enfin plus récemment le 6 mai 1914², le tribunal de la Seine déclarait : « Le simple silence ne peut valoir adhésion ». Il convient de remarquer la façon de s'exprimer de ces arrêts et de souligner ces expressions : « en l'absence de toute autre circonstance », « En tous les cas, un simple silence ». Cela laisse entendre que si le silence ne suffit pas à former le consentement, néanmoins il ne lui est pas contraire. Cela semble confirmer notre opinion considérant le silence comme nul, au point de vue juridique. Massé³ soutenait une opinion voisine lorsqu'il

1. Voyez Planiol, Ripert, Esmein, op. c. n° 207.

2. *Gaz. des Trib.*, 1914, 1^{re} sem. 2-394. *Rev. trim.*, 1915, p. 174. Il s'agissait en l'espèce de deux auteurs ayant publié une pièce de théâtre. L'un d'eux concéda le droit à une société d'en publier un film cinématographique. Il avertit son collaborateur qui garda le silence et ne protesta qu'après la 9^e représentation. Le simple silence, dit le Trib. de la Seine ne peut valoir adhésion, il aurait fallu notifier la stipulation détaillée et provoquer une réponse en instituant un délai raisonnable pour contredire le cas échéant. Egalement, Lyon, 17 nov. 1927, *Mon. juridique*, Lyon, 8 juin 1928, G.P. tab. oblig., n° 1-1928-2.

3. Massé, 2^e éd., t. 3, n° 1458 et suiv.

écrivait : « Si le silence peut faire parfois présumer le consentement ce n'est qu'autant qu'il est accompagné de circonstances venant lui donner une valeur et un effet que, pris isolément, il n'aurait pas lui-même ».

Le silence est une abstention, si nous admettons que la déclaration de volonté en l'occurrence l'acceptation, découle de la volonté de son auteur, le silence, abstention de toute manifestation ne peut pas empêcher de conclure que le consentement a été donné, si les circonstances corroborent cette opinion. La jurisprudence française en a souvent jugé ainsi¹. Citons comme exemple un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 juin 1876, (D. 67-2-166-S-68-2-183). Johns et C^o passe à Deycart un ordre d'achat de 100.000 kilos de brai clair livrable en deux envois de 50.000 kilos. Deycart ne répond pas à l'ordre de Johns et C^o ; celui-ci conformément à des conventions antérieures rappelées dans le dit ordre considère le silence comme une acceptation. De plus, Deycart exécute la première livraison de 50.000 kilos et ne proteste que contre la seconde, disant qu'il n'avait pas accepté l'ordre. La Cour de Bordeaux a déclaré qu'eu égard aux conventions antérieures résumées dans la lettre d'ordre, et à ce commencement d'exécution il était évident que Deycart avait accepté l'ordre de Johns et C^o.

Plus récemment, le 25 novembre 1920², se présentaient des difficultés analogues devant la Cour de Paris (arrêt précité). Loison et Parizel, s'étant entendus avec Randegger

1. Bordeaux, 3 juin 1867, D. 67-2-166, S. 68-2-183 ; Aix, 13 août 1873, D. 75-456, Pau, 9 déc. 1874, S. 76-2-244 ; Montpellier, 3 juill. 1885, S. 86-2-56 ; Rouen, 19 mars 1902 ; D. 1903-2-109 ; Nantes, 19 mars 1908, D. 1908-2-313, note de M. Valéry ; Lyon, 28 janv. 1911, Pasi, 1911-4-123 ; Tunis, 22 jan. 1917, *G. Trib.* 1918-2-60 ; Paris, 25 nov. 1920, D. 22-2-41 ; Cass., Req., 22 mars 1920, , S. 1920-1-208 ; Cass., Req., 14 mai 1912, D. 1913-1-281.

1. Dalloz H., 1922-2-41.

pour l'achat d'un immeuble, confirment l'accord intervenu par une lettre adressée à Randegger le 4 octobre 1918. Randegger ne répond pas et donc, est réputé admettre cet accord qui portant sur la chose et sur le prix rendait la vente parfaite aux termes de l'art. 1583 du Code civil. Qui plus est, par une lettre du 14 octobre 1918, il a implicitement confirmé son acceptation en priant ses acquéreurs de lui fixer un rendez-vous pour mettre au point les baux.

Par la suite, Loison et Parizel changeant d'avis prétendent que la vente n'a pas eu lieu parce que le silence « n'est pas l'équivalent d'une acceptation ». La Cour de Paris, répond que Randegger n'ayant pas protesté, l'accord mentionné dans la lettre adressée par Loison et Parizel et de plus, ayant implicitement confirmé son acceptation tacite par sa lettre du 14 octobre 1918, le contrat de vente était valablement formé.

On a coutume de dire, en présence de telle solution, que la jurisprudence a déclaré que le silence avait formé le contrat. A notre avis, ce n'est pas ainsi qu'il faut interpréter ces arrêts. Le silence ne peut pas être une acceptation parce qu'il n'est pas une déclaration de volonté. Le silence peut être aussi bien oui que non, ce n'est pas lui qui forme le contrat, le silence n'a, par lui-même aucune valeur juridique, mais, ce qui a une valeur juridique, c'est la cause du silence, c'est-à-dire la raison pour laquelle la personne a pris cette attitude et nous sommes, par là, ramenés à rechercher ce qui a été la volonté réelle de l'individu qui a gardé le silence. Le silence, disons-nous, est une abstention qui peut être appréciée positivement ou négativement. C'est un fait laissant planer le doute le plus absolu, et par conséquent rien moins qu'un fait probant. Un tel fait ne peut être en aucune façon un fait juridique, et c'est pour

cela, qu'on peut affirmer que quelles que soient les solutions données par la jurisprudence, le silence n'est, dans son esprit, et ne peut pas être considéré comme engendrant des conséquences juridiques. M. Barrault¹ écrit dans sa thèse : lorsque le silence ou l'abstention produit un effet juridique c'est donc toujours par l'extériorisation d'une intention qu'il implique ». Nous ne l'admettons pas, ce n'est pas le silence qui implique l'intention et qui l'extériorise, ce sont les faits qui accompagnent le silence. Si les faits étaient différents, le même phénomène d'abstention : le silence, impliquerait et extérioriserait une intention différente. L'analyse nous révèle que ce n'est pas le silence qui est le générateur (*quid tacet et non utique fatetur*²). La valeur juridique a pour source les circonstances qu'accompagne le silence. « Nous sommes, dit M. Valéry³, dans le domaine des présomptions et des déclarations indirectes de volonté, dans le domaine d'application de l'art. 1353 ».

Si nous analysons tous les arrêts cités, nous trouverions toujours un ensemble de circonstances prouvant péremptoirement l'intention de l'auteur du silence et qui a motivé la solution donnée par le juge. Il s'agit dans la majorité des cas du silence gardé sur une lettre résumant l'accord intervenu antérieurement et prouvé. Très rares sont les autres espèces, il faut citer cependant un arrêt du 15 avril 1874 rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation. Il s'agissait d'une personne ayant reçu une promesse de prorogation de bail sur papier timbré et qui l'avait précieusement conservée car elle était destinée à la protéger ainsi que ses héritiers contre tout recours de la part de leur

1. Barrault, thèse, Dijon, 1912.

2. Paul, (L. 142 - D. de reg. juris. L. 17).

3. Valéry, *Contrat par correspondance*, p. 19, et la note sous arrêt Cass. civ. 17 juin 1903, D. 1905-1-345.

colon partiaire. Bien que n'ayant pas déclaré qu'elle acceptait, la Cour de cassation a admis l'acceptation ; car le fait de recevoir et de conserver une telle promesse ne laissait aucun doute sur la volonté du bénéficiaire. Ce n'est pas le silence qui impliquait l'acceptation, mais le fait de conserver la promesse. Si le bénéficiaire avait déchiré la promesse après l'avoir reçue, son silence pour les partisans de la thèse que nous critiquons aurait exprimé une volonté contraire ; pour nous, son silence n'aurait rien exprimé, mais la volonté contraire aurait été manifestée par le fait de déchirer l'acte.

La même conclusion se dégagerait d'un arrêt de la Cour de Tunis du 22 janvier 1917¹, que nous serons amenés à analyser postérieurement. Enfin, pour résumer notre pensée nous dirons : le silence n'est rien, les faits et les circonstances sont tout.

Toutefois, lorsque la loi fixe elle-même l'effet du silence, si dans la majorité des cas, elle ne fait qu'interpréter la volonté de son auteur qui pourrait se déduire tout aussi bien des faits, et cela dans un but de protection et de paix sociale ; il n'en est pas moins certain que parfois la volonté de la personne qui a gardé le silence soit contraire à la solution légale. Mais alors, dira-t-on, ce ne sont pas les faits manifestant une volonté qui ont créé un état juridique, mais le silence lui-même. Ici nous devons remarquer que nous ne sommes plus dans le domaine de l'autonomie de la volonté, mais dans le domaine de l'impératif de la loi. La loi ordonne, le sujet obéit, peu importe sa volonté et c'est pour cela qu'il ne faut pas chercher à justifier par la seule puissance de la volonté, des obligations dont la source principale est la loi et la source secondaire ou accessoire, la

1. *Gaz. Trib.* 1918-2-60.

volonté ; en ce sens, que la volonté est libre de s'élever pour contredire la loi avant qu'elle s'applique mais, si elle ne le fait pas, l'effet juridique légal se produit et son impératif devient absolu. Ce n'est donc pas le silence qui donne naissance à l'obligation mais la loi.

On s'est demandé si en dehors de la loi il n'existait pas des cas généraux dans lesquels le silence devait obligatoirement être considéré comme une acceptation. Tout d'abord, il peut exister certains usages et la jurisprudence en reconnaît plusieurs en ce sens¹. Ainsi le défaut de protestation contre un compte de gestion adressé au mandant vaut acceptation ; de même les avis d'opérer adressés au donneur d'ordre par l'agent de change, le banquier ou le coullissier. Il faut citer aussi les clauses relatives au paiement, insérés dans les factures. Mais ici encore ce n'est pas le silence qui crée l'obligation mais l'impératif d'un usage établi, ayant quasi force de loi. Toutefois, la jurisprudence se refuse de consacrer l'usage lorsqu'il en résulte un abus. Ainsi la qualité de commerçant n'est pas suffisante à donner au silence une valeur juridique².

Quelquefois, lors de la formation d'un contrat, les parties stipulent qu'à son expiration, le silence des intéressés vaudra prorogation pour une nouvelle période de temps déterminée. Nous sommes en l'espèce hors du domaine de la déclaration de volonté, mais, dans celui de l'exécution des conventions, les parties par ces stipulations ont déterminé en réalité une des manières d'expression de leur volonté.

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 107, p. 137 et les arrêts cités en note.

2. Anvers, 28 juill. 1858, *Jurisp. Anv.*, 58-1-169 ; Montpellier, 3 juill. 1885, S. 85-2-56 ; Aix, 5 mai 1896 ; R. 108. Delamare et Le Poitevin, II, n° 155 : du contrat de commission, contre nous. Dans notre sens Planiol, Ripert, Esmein n° 109, p. 138, Valéry, n° 97, Demogue II, n° 555, p. 177, Baudry-Lacantinerie, n° 45, Civ. 25 mai 1870, S. 1870-1-341, D. 70-1-267, Civ. 17 juin 1903, D. 1905-1-345, Note de M. Valéry.

Enfin, deux règles générales ont été proposées dans la matière même où domine l'autonomie de la volonté. La première décide que lorsqu'il existe des rapports d'affaires, le silence gardé par l'un des intéressés sur une proposition faite pendant la tractation des affaires équivaut à une acceptation. La seconde considère que si une proposition est tout à l'avantage du destinataire le silence de celui-ci a manifesté sa volonté d'accepter.

A notre avis, en matière de silence gardé sur une offre faite après des rapports d'affaires, tout dépend de l'orientation de ces rapports et nous ne croyons pas devoir modifier notre règle : que seuls les faits réalisent la déclaration indirecte de volonté. Si les rapports antérieurs font preuve d'une volonté de conclure, le contrat se formera et c'est l'analyse et l'appréciation de ces rapports qui détermineront seules la décision du juge.

La majorité de la doctrine, considère encore que lorsqu'une offre se présente tout à l'avantage du destinataire, son silence implique toujours acceptation, toutes réserves étant faites sur son caractère moral bien entendu. C'est en quelque sorte le transport du fameux pari de Pascal dans le domaine du droit. Dès l'instant que le destinataire de l'offre a tout à gagner et rien à perdre, son silence équivaut obligatoirement à une acceptation¹. Nous ne saurions accepter une pareille règle, tout ce que nous croyons légitime d'admettre c'est qu'habituellement nul n'étant ennemi de ses intérêts une telle offre sera rarement refusée et par conséquent, l'acceptation doit en être facilement présumée, mais cependant il est encore nécessaire que la volonté se soit manifestée dans le sens de l'acceptation.

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 107 ; Bandy-Lacantinerie et Barde, n° 45, 3^e, p. 77 ; Demogue, I, n° 555, p. 175 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 456 ; Demolombe, XXV, n° 56.

Si nous nous rapportons aux arrêts qu'on a coutume de considérer comme confirmant l'opinion que nous discutons, nous constaterons, que la jurisprudence n'a pas adopté cette opinion et qu'elle n'a pas cru devoir faire exception aux principes que nous avons dégagés.

Dans l'arrêt du 15 avril 1874 précité par lequel la Chambre des requêtes a tranché la difficulté relative à une promesse de prorogation de bail non expressément acceptée par le bénéficiaire, qui s'était contenté de la conserver précieusement, la Cour suprême n'a pas admis que la promesse avait été acceptée parce qu'étant tout à l'avantage du bénéficiaire, son silence était l'équivalent d'une acceptation. Il suffit, pour s'en convaincre de lire le rapport du conseiller Barafort annexé au pourvoi en cassation qui, pour prouver que la promesse avait été acceptée, écrit : « Quoi de plus significatif que la réception et la conservation de la pièce ». Ainsi, la Cour a admis que la promesse était acceptée, non en vertu de la règle que nous combattons, mais tout simplement parce que les faits prouvaient nettement la volonté du bénéficiaire.

On donne aussi, comme confirmant la règle, un arrêt de la Cour de Tunis du 22 janvier 1917 (*Gaz. des Trib.*, 1918-2-60). La Compagnie des chemins de fer de Bône à Guelma avait, en 1913, décidé et fait connaître sa décision d'augmenter le traitement de ses employés à partir d'une certaine date, en l'espèce, le 15 octobre 1914 au plus tard pour l'employé Meynadier, de plus, la Compagnie devait lui payer à la même date, la différence entre son salaire antérieur et son salaire augmenté, pour le travail effectué, par lui du premier janvier au quinze octobre 1914. Meynadier continua son travail après avoir eu connaissance de la stipulation, et par la suite, la Compagnie ne tenant pas ses engagements et il en réclama l'exécution. La Compagnie

argumentait dans sa défense de ce que ses promesses étaient de simples offres, susceptibles de rétractations parce qu'elles n'auraient été acceptées qu'à partir de leur mise en vigueur. La Cour de Tunis répondit : « Attendu que cette acceptation doit au contraire être considérée comme immédiatement consécutive à la promesse, que cela s'induit en premier lieu de l'intérêt évident de l'employé et, en second lieu, de sa conduite même s'il continue, comme c'est le cas de fournir son travail après la promesse ».

La Cour, à notre avis, confirme entièrement l'opinion que nous avons émise en déclarant qu'eu égard à la qualité de l'offre, il y avait lieu de se montrer large dans l'admission de la manifestation de volonté. Mais néanmoins, elle spécifie que c'est par la continuation du travail sans aucune réserve que Meynadier a manifesté sa volonté d'accepter la décision de la Compagnie et cela est si vrai, que dans la deuxième partie de cet arrêt, la Cour de Tunis admet que par les mêmes faits, Meynadier a accepté une seconde offre qui cette fois était à son entier désavantage. En un mot, la Cour a admis l'acceptation de Meynadier parce qu'elle a considéré certains faits comme manifestant une telle volonté.

Nous pouvons à présent conclure, qu'il n'existait pas en Droit français de règle générale permettant d'induire du silence, l'acceptation du destinataire d'une déclaration de volonté. Autant d'espèces, autant de solutions, car la solution dépend de l'analyse de faits essentiellement variables.

Admettre la thèse que l'offre étant tout à l'avantage de l'offrant se concevrait pour un droit ne faisant pas de la volonté la source désirable de toute obligation, et n'accordant pas un domaine propre à l'autonomie de la volonté. Mais dans ce domaine, en l'état actuel du Droit français, il ne faut

pas oublier que la volonté de l'auteur domine la déclaration de volonté. Or, précisément, la volonté n'est pas influencée uniquement par la morale et des questions d'intérêt. Quand même cela serait, il faudrait reconnaître avec M. Bonnecase¹ « qu'avec un système aussi flou, la sécurité pécuniaire ou même morale de chacun serait singulièrement compromise ». Mais cela n'est pas, les mobiles d'une volonté ne sont pas seulement la morale et l'intérêt matériel, mais souvent aussi, le goût, des aptitudes, des préjugés mêmes, facteurs moins importants peut-être que les deux premiers mais qui peuvent cependant être parfois les plus forts. C'est pour cela, que tant que notre Droit respectera la volonté des individus, il ne pourra y avoir de règle générale transformant le silence en acceptation.

1. Baudry-Lacantinerie, suppl. II, par Bonnecase, n° 397, p. 376.

CHAPITRE III

Des rapports de la volonté réelle et de la volonté déclarée

Nous avons maintes fois constaté l'importance considérable donnée par notre droit à la volonté réelle du déclarant dans la formation de la déclaration de volonté. Il peut cependant arriver que cette volonté déclarée ne corresponde pas à la volonté réelle de son auteur et la question se pose alors de savoir quelle est de ces deux volontés celle qui doit l'emporter.

La théorie classique française fait de la volonté la base de tout engagement juridique. Aussi est-il normal que la volonté interne ait un rôle prépondérant en matière de déclaration de volonté. La déclaration n'a de valeur que dans la mesure où elle exprime cette volonté¹. Pour savoir si un contrat s'est formé, pour délimiter la portée et l'étendue d'un engagement, pour interpréter une convention, c'est la volonté réelle plus ou moins nettement exprimée par la déclaration qu'il faut rechercher.

1. Voyez Planiol, Ripert, Esmein, n° 103 ; Bonnecase, suppl. II, n° 402 et suivants ; Meynial, De la déclaration de volonté, *Rev. trimestr.*, 1902, p. 545 ; Geny, De la déclaration de volonté, *Annales de droit commercial*, 1901, p. 335 ; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, art. 116.

Cette conception foncièrement individualiste a été consacrée par l'art. 1156 de notre Code relativement à l'interprétation des conventions et dont voici les propres termes : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Une fois de plus cet article nous montre le souci constant de notre Code de protéger la liberté de l'individu qui contracte.

Prise dans son intégralité absolue, cette théorie se montre, dans son application, souvent néfaste à la sécurité des transactions, et au besoin du crédit car elle risque dans bien des cas de tromper la légitime confiance¹ des tiers qui ont cru à la réalité de la déclaration. Pour ces raisons économiques et commerciales, pour un besoin de plus grande sécurité dans le dynamisme des affaires, dit M. Demogue², une nouvelle théorie s'est fait jour. Elle est née en Allemagne dans le courant du XIX^e siècle et représente une opposition entière à notre théorie classique dont elle est le contrepied. Cette théorie appelée théorie de la « déclaration » par opposition à la nôtre, appelée théorie de la volonté, fait prévaloir la volonté exprimée par une déclaration même si elle est fictive, à la volonté vraie.

Il ne faut pas oublier, lorsqu'on examine le problème du conflit de la volonté réelle et de la volonté déclarée, qu'une déclaration de volonté se compose d'un élément interne : la volonté, et d'un élément externe : la déclaration, et surtout que ces deux éléments sont unis pour ne former qu'un tout indivisible qui constitue la déclaration de volonté.

1. Voyez. Levy, Essai sur la confiance, dans *Vision socialiste du droit*, Paris 1906, pages 61 et 77. Voyez aussi du même auteur : Responsabilité et contrat, *Rev. crit.* 1899 ; *Rev. trimestrielle*, 1910, p. 720.

2. R. Demogue, *op. cit.*, n° 27, page 30.

La théorie de « la déclaration », dans son application intégrale, ferait disparaître la volonté interne de la déclaration de volonté au profit de l'acte matériel d'extériorisation, et on en arriverait à cette conséquence qu'un geste non intentionnel peut devenir une déclaration de volonté. Une telle déclaration de volonté ne comprendrait qu'un élément : la déclaration. Cela ne peut pas être admis car on ne peut pas faire d'un corps composé un corps simple quel que soit l'exposant multipliant l'élément qui reste. Qui plus est, la théorie de la déclaration sacrifie le déclarant à l'acceptant.

Notre théorie classique, même prise dans ses conséquences les plus reculées, reste toujours logique, car elle suppose toujours une extériorisation nécessaire pour transformer une volonté interne en volonté juridique perceptible à autrui et ainsi, les deux éléments composant la déclaration de volonté se retrouvent toujours, mais elle a, cependant, le très grave défaut, d'en arriver à sacrifier l'acceptant au déclarant. C'est pour cela que notre théorie de la volonté, pas plus que la théorie de la déclaration, ne saurait être consacrée dans toute sa rigueur. Aussi, le Droit français et le Droit allemand ont dû tenir compte de ces difficultés et les résoudre. Le Droit français fait prévaloir la volonté, le Droit allemand s'attache plus spécialement à la déclaration. Nous allons, dans la première section de ce chapitre, étudier la théorie allemande de la déclaration, et les atténuations nécessaires à son application pratique. Dans une seconde section, nous examinerons la théorie française de la volonté et sa mise au point par notre jurisprudence. Enfin, après avoir constaté dans notre conclusion que les deux théories si éloignées dans leur esprit se trouvent à peu près concordantes sur le terrain de la

pratique, nous nous demanderons s'il ne serait pas utile à notre droit d'abandonner la vieille théorie classique pour la théorie plus moderne de la déclaration.

PREMIÈRE SECTION. — THÉORIE DE LA DÉCLARATION

Le Code civil allemand, le « *Bürgerliche Gesetzbuch* » de 1900 consacre le titre II de sa section troisième à la déclaration de volonté ; mais il ne faudrait pas conclure trop rapidement de cet intitulé que le Code allemand refuse tout effet juridique à la volonté non exprimée par une déclaration. La seule chose nette et claire, c'est que le Code allemand a opté pour la prédominance de l'expression matérielle de la volonté sur la volonté psychologiquement réelle¹.

Pour qu'un acte juridique soit créé au sens du Code allemand, il faut que l'auteur de l'acte ait réellement et psychologiquement voulu faire la déclaration qui donne naissance à l'acte, mais, à la différence de notre Droit, il n'est pas nécessaire de se préoccuper de ce qu'il a réellement voulu dans le cadre de cet acte juridique. Le soin de déterminer la portée de la volonté exprimée incombe au juge qui ne recherchera pas la volonté réelle et interne du déclarant, mais seulement le sens que le citoyen allemand normal et moyen donnerait à cette déclaration. Ainsi, dès la naissance de l'acte juridique, malgré le titre *De la déclaration de volonté*, le Droit allemand fait place à la volonté réelle du déclarant. Le critérium donné pour déterminer la portée d'une déclaration de volonté et tendant en même temps à atténuer le rôle de la volonté réelle, peut se révéler

1. Bonnecase, n° 404, page 481, supp. II ; Saleilles, *Déclaration de volonté*.

insuffisant, car la déclaration peut être ambiguë, au point de pouvoir être interprétée de façon différente par l'individu type imaginé par la science allemande. Dans ce cas, le juge pourra rechercher la volonté réelle de l'auteur, à condition qu'il soit sûr de la découvrir ; sinon, il fera appel à des notions plus ou moins vagues de justice et d'utilité sociale¹. Pour la seconde fois, nous voyons apparaître la volonté interne dans la théorie allemande de la déclaration. Mais il faut reconnaître que les effets de la volonté interne sont fortement atténués. Considérée comme nuisible à l'utilité sociale, la volonté réelle a été écartée le plus possible de l'acte juridique et, malgré les deux exceptions que nous avons signalées, il n'en reste pas moins vrai que ce sont les termes mêmes de la déclaration de volonté qui déterminent ses effets juridiques. Il ne faudrait pas croire toutefois que les termes ont eux-mêmes une valeur magique et que le Droit allemand en soit revenu au formalisme du Droit romain ancien. Le Droit allemand ne suppose aucun formalisme, il n'exige aucune parole sacramentelle, aucun geste rituel, la forme de la déclaration est entièrement libre². Cependant on appellera toujours déclaration de volonté de l'auteur toute attitude qui, eu égard aux circonstances, doit normalement faire croire à l'existence d'une volonté, alors même que cette volonté n'aurait pas existé³. C'est peut-être l'absence de formalisme qui donne à cette théorie un caractère dangereux pour le déclarant. Car, dans les droits formalistes, la personne qui prononce les paroles sacramentelles ou qui accomplit les gestes rituels sait à quoi elle s'engage : sa volonté a moins de chance d'être

1. Dereux, *De l'interprétation*, thèse, page 503.

2. Meynial, op. c., *Rev. trimestr.*, 1902, p. 551.

3. Dereux, op. cit., p. 358 et suiv.

surprise que dans le droit que nous étudions, qui peut faire, d'un geste non intentionnel, une déclaration indirecte ou même directe de volonté.

En résumé, le Droit allemand ne rejette pas entièrement la volonté de l'acte juridique, elle est au contraire à sa base ; mais, une fois née, une fois la déclaration émise, cette volonté doit s'effacer. « L'essence de cet acte s'est matérialisée dans les termes employés par son auteur¹. » Encore faut-il atténuer cette dernière formule, car le Droit allemand consacre une théorie de l'erreur bien voisine de notre théorie française², et il admet que la réserve mentale connue des deux parties est pleinement efficace sur l'acte juridique.

Tel est le résultat du grand effort doctrinal allemand pour chasser de l'acte juridique ce phénomène psychologique non social qu'est la volonté qui n'a pas été spécialement déclarée. Malgré tous les efforts, elle reste obligatoirement nécessaire à la naissance de la déclaration de volonté. Exigence singulière et illogique, dit M. Dereux³. Au point de vue du déclarant, peu lui importe d'être lié par un geste conscient ou non s'il n'a eu aucune idée du sens qu'on attribuerait à ce geste ; son obligation lui semblera résulter d'un pur hasard. Du point de vue social, comment un fait déclaré incapable d'être un fait social, a-t-il besoin d'être à la base du fait social par excellence qu'est la déclaration de volonté ? Il faut néanmoins reconnaître que cette critique, juste si elle s'adresse à la doctrine la plus entière, ne peut pas s'adresser au droit positif allemand qui, contrairement aux recherches doctrinales

1. Bonnecase, *op. cit.*, suppl., p. 492, n° 408.

2. Meynial, *op. cit.*, p. 560.

3. Dereux, *op. cit.*, p. 359 et suiv.

abstraites, s'est placé face aux difficultés pratiques et qui n'a nullement chassé la volonté en tant que volonté, base de l'acte juridique, mais en tant que source d'abus, et comme telle, nuisible au point de vue social. En effet, de la recherche trop minutieuse de la volonté réelle, il peut résulter un dommage ou une déception pour autrui. Ainsi, malgré tout l'effort doctrinal du xix^e siècle, le Code allemand a seulement restreint l'indépendance de l'individu et la toute-puissance juridique de sa volonté, ce qui a abouti à la formule de l'article 133 : « Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle, et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression. » Mais alors, c'est la faillite la plus complète de la théorie de la déclaration, car cet article serait fort bien placé dans notre Code, consacrant la toute-puissance de la volonté. Non, il ne faut pas se laisser tromper par les termes de l'article 133, et nous devons, en juriste traditionaliste, rechercher la volonté réelle des rédacteurs du Code, et pour cela ne pas oublier que le mouvement doctrinal, si fécond en Allemagne, a eu tout de même une influence importante et certaine dans l'élaboration du « Bürgerliche Gesetzbuch ».

Le juge allemand, interprétant une déclaration de volonté n'ira pas, comme le juge français, chercher la volonté de l'individu dans le milieu où elle a pris naissance, il recherchera la volonté en tenant compte d'une commune croyance, « il la regardera, dit M. Meynial¹, à travers le prisme de la croyance commune ». Cela pour éviter quelque dommage ou quelque déception. En définitive, toute la nouveauté apportée par cette théorie a été

1. Meynial, *op. cit.* p. 556.

de démontrer que la recherche trop absolue de la volonté réelle de l'auteur d'une déclaration de volonté pouvait créer un risque pour autrui. Était-ce vraiment une nouveauté ? Et valait-elle la peine d'agiter tant de données philosophiques, métaphysiques et sociales et un tel bouleversement des concepts de droit ?

II^e SECTION. — THÉORIE DE LA VOLONTÉ

Le Droit français consacre la toute-puissance de la volonté réelle de l'auteur de la déclaration de volonté. Ce n'est du reste qu'une conséquence logiquement déduite du principe de l'autonomie de la volonté. « La volonté est dans l'acte juridique la source et la mesure du droit ; c'est évidemment à elle seule qu'il faut s'adresser pour déterminer le droit¹. » On objecte que l'intention d'un individu n'est pas toujours facile à connaître, et que dans la pratique elle est souvent une pure imagination de l'interprète. Le reproche n'est pas exempt de gravité lorsqu'il s'adresse à l'interprétation d'un contrat synallagmatique, car il arrive que la volonté des deux parties n'a pas été exactement concordante, et lorsque le juge tranche le différend survenu en considération de la commune intention des parties, il ne fait bien souvent que consacrer l'intention de l'une des deux au détriment de celle de l'autre² et, qui plus est, l'intention étant un élément différemment appréciable, certaines clauses sont interprétées de façon différente par les tribunaux. Et la Cour de cassation considérant cette recherche comme une question de fait, refuse de se prononcer et ne rétablit pas l'unité de jurisprudence. Ces

1. Gounot, thèse, p. 172.

2. Dereux, p. 6 et 7, et 477, Gounot, p. 177.

reproches s'adressent plus aux difficultés pratiques que soulève l'application de notre théorie qu'à la théorie elle-même. Il ne dépend pas du droit que des faits manifestant une volonté puissent s'interpréter de différentes manières ; pour supprimer la difficulté, il faudrait supprimer la volonté dans l'acte juridique, et l'échec du Droit allemand nous a suffisamment démontré qu'il y avait là une impossibilité. Plus grave est le reproche que l'on fait à notre théorie, lorsqu'on dit qu'elle sacrifie le bénéficiaire de la déclaration. Ce reproche s'adresse, en effet, à la base même de la théorie qui veut que la volonté interne du déclarant l'emporte sur la volonté découlant d'une interprétation littérale des termes de la déclaration. Il se peut, en effet, que le bénéficiaire de la déclaration n'ayant eu connaissance que de la déclaration elle-même et dans l'ignorance des autres circonstances, ait cru à la réalité, il se trouvera par la suite sacrifié si cette déclaration est reconnue inefficace.

La jurisprudence française n'a jamais appliqué la théorie de la volonté avec une aussi grande rigueur. Faisant intervenir judicieusement quelques principes consacrés par notre Code, elle a pu, tout en faisant dominer la volonté réelle sur la volonté exprimée par les termes de la déclaration, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, tenir compte cependant de la situation du destinataire et des conséquences entraînées par la déclaration de volonté.

Tout d'abord, par une application rigoureuse de l'article 1341 du Code civil prohibant la preuve par témoins dans tout litige excédant 500 francs, le juge français fait prévaloir la volonté exprimée par écrit sur toute volonté

manifestée d'une autre manière¹. En matière civile, on ne prouve pas contre un écrit, toute réserve faite cependant sur la preuve de la fraude ou d'un vice quelconque du consentement. La jurisprudence n'admet pas cette prohibition du témoignage parce qu'elle considère l'article 1341 comme étant d'ordre public² car, contrairement à cet article elle admet la preuve par témoin, lorsque la partie contre laquelle cette preuve est dirigée y consent formellement. « Cette solution est difficile à justifier, disent Aubry et Rau et M. Bartin³. D'abord, nous ne comprenons pas comment il serait juridiquement possible d'accorder une efficacité plus étendue à un consentement formel qu'à un consentement implicite, d'ailleurs bien établi⁴. *Eadem vis est tacite atque expressi consensus.* » En effet, si l'on explique, comme on a coutume de le faire, l'article 1341 par une idée de subordination possible des témoins, une volonté nettement et sûrement établie doit l'emporter sur une volonté écrite reconnue mensongère, et la solution de la jurisprudence nous apparaît alors comme injustifiable au point de vue du fond. Elle apparaît comme une transaction entre l'article 1341 et les principes établis relativement au rôle de la volonté dans les actes juridiques, et en contradiction à la fois avec ces deux éléments. Cependant, lorsque M. Bartin cherche la justification de l'article 1341, il rejette l'explication classique et trouve, en même temps qu'une solution nouvelle, le pourquoi de la jurisprudence qui nous a arrêtés. « Dans bien des cas, dit-il, la prohibition de la

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 103.

2. Req., 12 du 1894, S. 96-1-183 ; Req. 13 avril 1894, S. 98-1-442 ; Rion, 1^{er} février 1904, S. 1905-2-261 ;

3. Aubry et Rau, § 761, p. 300, note 5.

4. Aubry et Rau, § 762, note 3.

preuve testimoniale est maintenue alors que l'intérêt du demandeur est vraiment trop faible pour qu'il tente de subordonner les témoins. Il faut donc chercher une explication plus vraisemblable. Le témoignage est suspect en matière civile, nullement en raison de la vénalité injurieusement présumée des témoins. Mais, en raison des lacunes et de l'oblitération de leur souvenir. La suspicion qui les frappe est de nature psychologique et nullement de nature morale. » A cette raison s'en ajoute une seconde, et c'est elle qui a pour nous tout l'intérêt. « D'ailleurs, continue M. Martin, même à supposer chez eux la persistance et la netteté de leurs souvenirs, ils ne déposeraient jamais que de ce qu'on dit et fait les parties, et il resterait encore à savoir si les parties ont bien l'une et l'autre attaché aux faits et aux paroles qui ont frappé les témoins et fixé leur attention, le sens juridique et la valeur obligatoire que les témoins leur ont attribués. » Dans notre système d'engagement sans forme, le moment précis où les pourparlers aboutissent à une convention est souvent, pour les parties elles-mêmes, fort difficile à déterminer. Et voilà alors la véritable raison de l'exigence de l'article 1341. » Ainsi, la prohibition de la preuve testimoniale reposerait à la fois sur la notion psychologique du témoignage et sur la nature du consentement juridique établie par cette constatation que ce n'est qu'en rédigeant un écrit que les parties contractantes fixent vraiment l'étendue de leur volonté. Ainsi l'écrit serait, d'une façon générale, plus proche de la volonté réelle que les paroles ou les faits, et si la rigueur de la loi se relâche lorsqu'il s'agit d'un intérêt inférieur à 500 francs, ou lorsque le témoignage s'affirme sur un commencement de preuve par écrit. La raison en est,

dans le premier cas, que l'intérêt minime engagé laisse présumer une opération simple. Dans le deuxième cas, la preuve écrite sur laquelle vient s'appuyer le témoignage permet d'en fixer aussi bien la valeur que l'objet¹ ».

Mais alors, l'article 1341 se révèle comme confirmant la règle d'interprétation en vertu de laquelle c'est à la volonté réelle des parties qu'il faut s'attacher. On comprend alors que la jurisprudence, se trouvant en présence de la forme la plus parfaite d'expression de la volonté² : l'acte écrit, exige que ce soient les deux volontés créatrices de l'acte qui reconnaissent elles-mêmes qu'en raison d'une rédaction maladroite cet acte ne se trouve pas rigoureusement conforme à leur intention. Remarquons alors que si notre explication est exacte, c'est par une simple application de la règle donnant prépondérance à la volonté réelle sur la volonté déclarée, règle consacrée par l'article 1341, que la jurisprudence apporte une certaine sécurité dans les relations économiques. Mais elle renforce encore son action dans ce sens, en faisant intervenir la disposition finale de l'article 1321 de notre Code : les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers³. Ce qui lui permet de faire prévaloir, dans certaines circonstances, une volonté déclarée sur une volonté réelle dissimulée.

C'est une hardiesse qui peut paraître excessive de faire intervenir l'article 1321 en matière de déclaration de volonté, car cet article ne vise en aucune façon la réserve mentale, mais la simulation qui suppose une convention secrète appelée contre-lettre, acte unilatéral ou bilatéral,

1. Aubry et Rau, § 762, note 3 de M. Martin.

2. Cass., req., 24 avril 1893, S. 93-1-340 ; Rouen 27 janvier 1906, S. 1907-2-39.

3. Planiol, Ripert, Esmein, n° 103, *in fine*.

ayant toujours à sa base un mensonge concerté entre plusieurs personnes. Or, dans le cas qui nous occupe, la réserve mentale est, par définition, inconnue de l'autre partie et par conséquent, le produit d'une seule volonté. Aussi nous nous servirons de l'article 1321 comme d'une base solide, mais non comme de la base unique de notre argumentation.

Les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers, mais qui peuvent avoir la qualité de tiers aux termes de cet article. L'expression de tiers est prise par l'article 1321, dans son acception la plus large : ce sont toutes les personnes qui n'ont pas été parties à la contre-lettre ou, plus spécialement pour notre jurisprudence¹, toutes celles qui n'ont pas connu la contre-lettre, ce qui revient à dire, toute personne ayant cru à la réalité de l'acte apparent, ce qui permet de protéger toute personne qui, légitimement crédule, a subi un préjudice en tant que telle.

Lorsque sur la foi d'une déclaration de volonté un individu a cru pouvoir obtenir un certain résultat juridique, lorsqu'il a cru, par exemple, avoir valablement contracté et que par la suite, la déclaration de volonté se révélant irréaliste, il se trouve en présence d'une apparence de contrat et subit en cela un préjudice, sa situation ressemble beaucoup à celle du tiers crédule qui éprouve un dommage d'avoir considéré comme réel un acte qui n'était qu'apparent. Aussi, à se placer sur le terrain de la pratique, il ne nous apparaît pas choquant de donner une même solution à une même cause, et c'est très sagement, à notre avis, que la jurisprudence considère que, d'une façon générale, nul ne doit souffrir un préjudice d'une apparence juridique

1. Civ. 2 avril 1863, D. 63-1-185 ; Civ. 8 mars 1893, D. 1893-1-243 ; Req., 15 juillet 1896, D. 1897-1-460.

créée par un autre¹. Au fond, toute la question que nous examinons repose sur ceci : la simulation légitime en elle-même, puisque notre droit reconnaît la validité de l'acte secret, devient fautive lorsqu'elle est la cause d'un dommage pour autrui, et cela se déduit directement de l'article 1321 qui, après avoir reconnu tout effet à la contre-lettre, lui refuse, dans une prescription finale, tout effet contre les tiers. Cette idée paraît du reste entièrement corroborer, par une jurisprudence constante, et une doctrine unanime², considérant que si la contre-lettre n'a point d'effet contre les tiers, elle a du moins un effet total en leur profit. Il semble alors que la disposition finale de l'article 1321 établit une présomption irréfragable de faute, résultant d'une simulation dommageable. Si nous abandonnons la simulation proprement dite, pour revenir à la déclaration de volonté irréaliste, nous nous trouverons en face d'un acte juridique apparent et qui deviendra normalement fautif par le dommage qu'il causera aux tiers. Mais alors, ce n'est pas en notre matière l'article 1321 qui s'applique, mais l'article 1382. L'article 1321 ne fait que soutenir l'idée de faute résultant de l'acte apparent dommageable et l'article 1382 oblige à réparer le dommage ainsi causé.

La faute exigée par l'article 1382 peut être une faute très légère, ce peut être une simple imprudence ou même seulement une négligence de la part de celui qui a créé la situation fictive et sa bonne foi elle-même ne l'en excusera pas. La règle devient alors : que celui qui a créé une situation juridique apparente est responsable de toutes les conséquences dommageables entraînées par une telle situation. Et l'on peut trouver une application de cette idée dans l'ar-

1. Demogue, t. I, p. 350.

2. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, 10^e éd. II, n^o 1198-1199.

tièle 1599 du Code civil tenant le vendeur de la chose d'autrui pour responsable des conséquences de son acte, alors même qu'il était, en agissant, d'une bonne foi évidente¹.

La question se pose à présent de savoir quelle doit être l'étendue de la réparation accordée à la victime de l'apparence. Faut-il tenir compte du *damnum emergens* seulement, ou aussi du *lucrum cessans*? L'auteur allemand Ihering² considère ce qu'il appelle l'intérêt négatif à ne pas contracter « der negative Vertrag Interesse » et qui comprend le *damnum emergens* plus une partie du *lucrum cessans*, qu'il détermine avec une admirable subtilité, mais bien peu de précision, cette partie variant avec les différentes espèces de contrats envisagés. Cette solution résulte, pour cet auteur, de la qualification qu'il donne à la faute que nous étudions et qu'il considère comme une faute contractuelle. Or, dit-il, puisque le contrat ne s'est pas formé, on ne peut pas admettre que si la réparation d'une faute contractuelle est issue d'un contrat non formé, il puisse résulter, pour la victime, un avantage égal à celui qu'elle eût retiré si le contrat eût été valablement formé. Toutefois, Chironi, partisan également de la faute contractuelle, ne considère pas cette conception comme faisant obstacle à une réparation intégrale du dommage. Notre jurisprudence appliquant l'article 1382 considère cette faute comme délictuelle et le dommage comme devant être le plus équitablement réparé. Or, en l'absence de toute réglementation de la forme de réparation de l'article 1382, elle tend à admettre que la réparation la plus parfaite et la plus adéquate du dommage est de considérer les termes de la

1. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, 10^e éd., t. II, n° 1426.

2. Ihering, *Responsabilité précontractuelle*. Oeuvres choisies, t. II.

déclaration comme réelle¹, et faisant ainsi, elle supprime la source même de ce dommage. L'application de l'article 1382 et de l'idée de faute délictuelle permet d'obtenir des solutions tout aussi nuancées qu'en recourant à l'idée de faute contractuelle et l'on évite la contradiction entre l'existence d'une faute contractuelle et l'absence de contrat ; c'est ainsi que notre jurisprudence, faisant appel à la théorie de la faute commune, tient compte, s'il y a lieu, de la faute de la victime, atténuant d'autant la responsabilité de l'auteur de la déclaration. Elle en arrive même à ne pas tenir compte de l'erreur unilatérale ou du vol que la prudence ou les connaissances professionnelles de la victime lui permettraient de connaître.

En dernière analyse, la pensée de notre jurisprudence nous paraît être que la volonté réelle de l'auteur d'une déclaration constitue l'essence même de cette déclaration, mais que, cependant, il ne faut pas, qu'abusant de ce qu'on pourrait en quelque sorte appeler son libre arbitre juridique, un individu en arrive à causer un dommage à autrui par la création d'une déclaration de volonté fictive s'affirmant au contraire comme réelle et sérieuse. Pour cela, la jurisprudence fait normalement appel au principe que nul ne doit par sa faute nuire à autrui. Mais, eu égard aux règles d'interprétation des actes juridiques, la faute nous paraît bien difficile à établir, et il semble que nous sommes plutôt en présence d'un dommage causé sans faute. C'est pourquoi il est nécessaire de faire appel aux dispositions finales de l'article 1321, intervenant pour empêcher les effets dommageables d'un acte apparent, et permettant de

1. Voyez, pour un banquier ayant laissé traîner son carnet de chèque ou un chèque, Rouen, 25 juin 1913 ; *Gaz. Trib.*, 1913, 2^e s. 400 ; Trib. de la Seine, 7 juin 1864, D. 64-3-93 ; Paris, 1^{er} juillet, 1870, S. 70-2-188, Trib. de la Seine 3 juin 1896.

considérer comme faute toute création d'apparence causant un préjudice aux tiers. Il nous faut cependant reconnaître que l'analogie qui existe entre une déclaration de volonté apparente et l'acte apparent n'est pas dans tous les cas entièrement parfaite. L'apparence, aux termes de l'article 1321, est toujours une apparence créée volontairement, alors que l'apparence de la déclaration de volonté peut très bien être involontaire. C'est alors qu'il faut faire intervenir l'article 1382 dans l'esprit duquel peu importe que la faute ait été commise volontairement ou non : l'important est la relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

Ainsi donc, si l'auteur de la déclaration a fait volontairement une déclaration apparente qui s'est révélée dommageable aux tiers, la création d'une telle apparence constituera une faute dans toute l'acception du terme. Si, au contraire, il n'a qu'involontairement créé cette apparence nuisible, néanmoins la faute subsistera et aura sa source dans une imprudence ou dans quelque négligence de sa part.

Il nous semble à présent possible de porter un jugement sur ces théories de la déclaration et de la volonté qui, pas plus l'une que l'autre, ne se révèlent pratiquement applicables dans toute leur étendue et qui, bien que partant de principes diamétralement opposés en arrivent, par de judicieuses atténuations à consacrer des solutions identiques. Il en résulterait par conséquent que l'on puisse donner cette solution du point de vue pratique : « déclaration de volonté » et « volonté » ne présentent aucune différence.

Mais, malgré tout le respect qui est dû à la pratique, nous ne devons pas négliger le point de vue logique qui nous permettra, peut-être, d'établir une préférence entre ces deux théories.

La théorie de la déclaration chasse la recherche de la volonté réelle du déclarant, parce que cette volonté n'est pas un phénomène juridique et que sa recherche se révèle comme une façon d'agir perturbatrice, néfaste et contraire à la sécurité des relations sociales et économiques. Mais à peine ce principe posé, la pratique doit pour pouvoir appliquer cette théorie, revenir aux anciens errements et exiger une volonté réelle à la base de toute déclaration de volonté et, qui plus est, considérer comme nulle une déclaration entachée d'erreur, et cela parce que c'est nécessaire à la sécurité des relations sociales et économiques. Ainsi, la sécurité exige d'abord que la recherche de la volonté réelle soit écartée, et ensuite, que cette recherche soit entreprise. Il y a, à notre avis, dans cette méthode, un défaut de logique évident. En effet, la prétendue atténuation apportée par la pratique à la théorie de la déclaration n'est, en réalité, que la négation même de la théorie ; car, après avoir été déclaré un phénomène non juridique, il est considéré comme nécessaire à l'existence d'un acte juridique.

Ce procédé que nous critiquons consiste à corriger la théorie de la déclaration, en faisant intervenir la théorie de la volonté qui lui est absolument opposée.

Notre Droit recherche la volonté du déclarant, ce qui n'est qu'une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. Mais, pour éviter les abus qui pourraient résulter d'une recherche trop rigoureuse de la volonté réelle, il fait appel au grand principe d'équité : que nul ne doit par sa faute causer préjudice à autrui, et qui se trouve péremptoirement consacré dans notre Code. Mais alors les atténuations apportées à la théorie de la volonté sont le résultat d'une lutte entre le principe de l'autonomie et le principe d'équité de l'article 1382 qui, dans les espèces particulières

qui nous occupent, se trouvent en opposition. Il n'y a rien qui ne soit légitime dans cette façon d'agir, car les rédacteurs de notre Code n'ont pas eu le désir de consacrer chacun des principes dans un domaine séparé, mais au contraire, de les faire intervenir dans la mesure du possible dans chacune des solutions par eux données. Il ne faut pas considérer les différentes branches de notre droit comme séparées entre elles par une cloison étanche, mais au contraire comme étant susceptibles d'une parfaite compénétration¹.

Mais, peut-on objecter, si tel était le désir des rédacteurs de notre Code, tel était sans doute le désir des rédacteurs du Code civil allemand de 1900. Et un raisonnement analogue à celui que nous venons de faire doit pouvoir effacer le défaut de logique que nous avons signalé. Il n'en est rien. Nous reconnaissons, en effet, que la recherche trop absolue de la volonté peut nuire aux tiers, mais, l'interprétation pure et simple des termes de la déclaration ne peut nuire qu'à celui qui en est l'auteur, or, pour admettre les atténuations apportées à la théorie moderne par la doctrine allemande, il faudrait reconnaître que pour éviter qu'un acte nuise à son auteur, il est possible et même préférable de nuire à autrui, tout au moins dans une certaine mesure. Cela nous paraît bien dangereux au point de vue de l'équité et même de la seule morale. La réalité, c'est que le point de départ de la règle allemande est faux. Il est contraire à l'esprit juridique de notre siècle, de considérer la volonté comme étant un élément secondaire de l'acte juridique ; aussi, les atténuations que la doctrine et la pratique allemandes apportent à la règle ayant pour but de la ramener

1. Demogue, t. I, n° 17 bis, dans le même sens. Bonnecase, suppl., 2, p. 343.

à des notions conformes à l'esprit juridique de notre temps doivent normalement aboutir, et aboutissent réellement à miner son point de départ. C'est pourquoi nous n'hésitons plus maintenant à déclarer que seule est défendable et admissible la théorie de la volonté¹. Mais nous ajoutons aussitôt qu'étant une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté, il ne faut pas perdre de vue que ce principe pleinement consacré dans notre droit ne s'en incline pas moins, aux termes mêmes de notre Code, devant l'ordre public et la morale et, par conséquent, devant le principe d'équité de l'article 1382.

1. Les efforts de la commission législative franco-italienne ont abouti à cette solution. Après la discussion des deux tendances, l'art. 49 du projet du Code des obligations franco-italiennes a fait triompher la règle traditionnelle dans les termes suivants : « La volonté réelle doit prévaloir sur la volonté déclarée. »

Conclusion de la Première Partie

Nous venons de terminer l'examen des conditions d'existence de la déclaration de volonté et, tant au point de vue de ses caractères internes que de ses caractères externes, nous avons toujours été ramenés à constater que, sans intention, c'est-à-dire plus précisément sans la volonté réelle de l'auteur de la déclaration, il ne saurait exister de déclaration de volonté.

C'est ainsi que, tout d'abord, l'élément interne s'est révélé être la volonté vraie d'obtenir une fin juridique et cette volonté a été exigée : sérieuse, non entachée de vice et émanant d'un individu ayant sa complète capacité juridique. Sérieuse, parce qu'une plaisanterie ne peut pas engendrer un engagement juridique, qui, par définition, est un engagement sérieux ; non entachée de vice, parce qu'une volonté viciée ne peut pas correspondre à une volonté réelle ; enfin, émanant d'un individu ayant la capacité de s'engager juridiquement, parce que la loi considère l'incapable naturel et l'incapable de droit comme étant privés de volonté juridique dans le cercle de leur incapacité. Et nous avons considéré le caractère relatif de la nullité frappant la déclaration entachée d'un vice du consentement ou émanant d'un incapable, dans le premier cas, comme résultant du soin apporté par le législateur de l'an VIII à respecter l'intention du déclarant et, dans le

deuxième cas, comme exigé par la nécessité de fait provenant de l'impossibilité de trouver un critérium général de l'acte nuisible.

L'étude des éléments externes nous a conduits à constater que l'extériorisation amenait la volonté à son dernier stade de perfectionnement, en en faisant par là même une volonté juridique, c'est-à-dire une volonté perceptible pour autrui. Mais, lorsque nous nous sommes trouvés en présence de difficultés naissant de l'extériorisation même de la volonté et consistant à se demander si l'extériorisation était suffisamment précise pour réaliser une déclaration de volonté, la solution que nous avons été contraints de donner était toujours la même : « Il y a déclaration de volonté parce qu'une telle intention découle nettement de la manifestation de volonté envisagée. » Il semblerait alors que nous n'ayons plus qu'à tirer de notre étude cette conclusion : les conditions d'existence de la déclaration de volonté sont, tant au point de vue de ses caractères internes que de ses caractères externes, uniquement celles-ci, qu'une volonté réelle se soit manifestée extérieurement en sorte que quiconque puisse s'en saisir et s'en prévaloir. »

Arrivés au point où nous en sommes, et passant à l'étude de l'interprétation de la déclaration de volonté, nous avons vu la pratique considérer que certaines déclarations directes ou indirectes produisent la totalité des effets juridiques qu'elles semblent exprimer alors que, d'autre part, il apparaît que la volonté qui émane d'elles n'est pas rigoureusement conforme à l'intention qui les a fait naître. De telles solutions ne nous ont pas paru contredire notre conclusion antérieure lorsqu'il s'agissait de déclarations écrites préférées à des déclarations orales ou déduites des faits, car nous considérons l'écriture comme la manifesta-

tion la plus exacte de la pensée; mais, d'autres difficultés se sont présentées et nous avons vu la jurisprudence faire franchement prévaloir certaines déclarations de volonté sur certaines autres alors que le moyen d'expression de la pensée était sensiblement équivalent dans les deux cas, et, même, alors qu'il était avéré que l'auteur de la déclaration n'en avait pas voulu la fin. Il semblerait alors que la volonté réelle de l'auteur de la déclaration, que nous avons jusqu'alors considérée comme un élément vital de la déclaration, soit loin d'avoir une pareille importance et que nous devons alors rechercher une autre conclusion. Auparavant, en présence de ces difficultés, nous allons tenter dans une dernière analyse de saisir une notion générale de la déclaration de volonté envisagée sous les deux aspects qu'elle présente dans la vie juridique, suivant qu'on la considère du point de vue de son auteur ou du point de vue du tiers destinataire.

Du point de vue du déclarant, l'élément important de la déclaration de volonté, le seul élément peut-on dire, c'est la volonté. Si, réelle, cette volonté s'extériorise, c'est qu'en cela elle termine son perfectionnement et, de plus, c'est que son auteur veut qu'autrui puisse s'emparer d'elle et y répondre.

La forme de l'extériorisation n'a aucune importance, le déclarant emploiera celle qui est pratiquement susceptible de lui donner le plus rapidement satisfaction. Si cette déclaration n'exprime pas sa volonté, il ne la considérera jamais comme susceptible de le lier juridiquement, elle sera pour lui une plaisanterie ou après connaissance une erreur, mais pas un acte juridique. Dans le cas particulier où la déclaration émane d'un incapable dans la sphère de son incapacité au sens où nous l'avons entendu, quel que

soit le caractère qu'il lui reconnaisse, peu importe, la loi le considère comme sans volonté juridique; il n'y aura pas non plus, en ce cas, déclaration de volonté. Car, à notre sens, lorsque la convention passée par un incapable est considérée comme valable, c'est que cette convention s'est révélée établie par une volonté suffisante et, par conséquent, comme n'entrant pas dans la sphère de l'incapacité. Or, la déclaration de volonté est un acte unilatéral, un acte créé par le déclarant seul; si la volonté du déclarant, unique créatrice de la déclaration de volonté, fait défaut l'acte ou le fait considéré comme tel n'est qu'une apparence qui ne peut produire aucun effet juridique en tant que déclaration de volonté. La déclaration de volonté sans la volonté nous apparaît alors comme le néant au point de vue du Droit.

Envisagée du point de vue du destinataire, la déclaration de volonté change totalement d'aspect. Bien que son essence reste la volonté du déclarant, cette volonté n'apparaît que par la forme d'extériorisation qui lui est donnée et c'est cet élément qui devient pour le destinataire l'élément capital. Si cette forme d'extériorisation tend à prouver que la volonté qu'elle exprime est indiscutablement sérieuse et réelle, le tiers intéressé, voire l'observateur indifférent, la considérera comme une déclaration de volonté permettant de réaliser une obligation juridique dans les conditions par elle exprimées. Mais, cela n'empêchera nullement que cette déclaration de volonté ne corresponde à aucune volonté et ne soit qu'apparente, car si la volonté qui est à sa base est entachée d'un vice de consentement, n'est qu'une plaisanterie ou émane d'un incapable, ce n'est pas sa manifestation extérieure qui sera susceptible d'en changer le caractère. Cependant, ce caractère est inconnu du destinataire, nous supposons même qu'il n'a pas pu le

connaître. D'autre part, l'apparence a été matérialisée par un fait, fait qui a été légitimement considéré comme réel et juridique par l'intéressé et c'est précisément cette constatation qui va nous permettre d'expliquer la jurisprudence qui, à notre avis, loin de tenir compte de ce qui n'existe pas juridiquement pour lui faire produire des effets juridiques, se rattache aux faits qui, eux, existent, qui se sont produits dans la vie sociale et elle les considère sous l'angle même où ils apparaissent au destinataire ou au tiers intéressé. Ainsi, lorsqu'elle tient compte des termes faussement employés dans une déclaration de volonté, ce n'est pas avec l'esprit de faire produire des effets de droit à une déclaration qu'elle sait parfaitement n'être qu'apparente, mais avec l'intention de protéger les tiers du dommage que leur causerait une telle déclaration si elle en sanctionnait le caractère apparent. Ce n'est pas une notion purement juridique qui guide en cela notre jurisprudence, mais, plutôt, la notion morale : que nul ne doit nuire pas sa faute à autrui, notion qui pourrait être justement reproduite en tête de notre Code et même en tête de chacun de ses titres. Ce n'est donc pas dans les effets de la déclaration de volonté qu'il faut chercher l'explication de la jurisprudence qui nous avait arrêtés dans notre conclusion, mais dans les effets d'un acte ou d'une activité fautive et dommageable à autrui¹.

Nous pouvons à présent formuler notre conclusion : La déclaration de volonté reste uniquement pour nous, ainsi que nous l'avons constaté dans le cours de ces développements, la volonté juridique réelle, c'est-à-dire la volonté perceptible pour autrui, d'atteindre un but de droit. Si

1. Sur la notion de faute en la matière, voyez précédemment chap. 3, in fine.

néanmoins, quelquefois, lorsque l'activité d'un individu, ressemblant pour un tiers à une déclaration de volonté, vient perturber la vie juridique de ce tiers, une jurisprudence constante considère cette activité comme une déclaration de volonté; il ne s'agit nullement pour elle, par cette considération, de faire produire les mêmes effets juridiques à cette apparence qu'à une déclaration de volonté réellement juridique, mais, seulement, de donner une sanction à une activité fautive et dommageable à autrui.

DEUXIÈME PARTIE

Des effets juridiques de la déclaration de volonté

DEUXIÈME PARTIE

Des effets juridiques de la déclaration de la volonté

LA THÉORIE CLASSIQUE DES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ APERÇU DE LA JURISPRUDENCE

Il n'est de déclaration de volonté, au sens technique du terme, qu'à la condition qu'elle réunisse certains éléments internes et externes. Toutefois, bien que possédant tous les éléments et toutes les qualités nécessaires à son existence, il faut encore distinguer au point de vue des effets juridiques de la déclaration de volonté plusieurs stades de perfectionnement dans le temps.

Une déclaration de volonté définitive pour son auteur est tout d'abord émise; ensuite, elle parvient à la connaissance de celui ou de ceux à qui elle est destinée, qui peuvent alors l'accepter ou la rejeter. Nous pouvons donc, si cela est exact, distinguer trois stades dans le perfectionnement de la déclaration de volonté.

Premier stade : la déclaration est émise.

Deuxième stade : la déclaration est connue du destinataire.

Troisième stade : la déclaration est acceptée ou refusée par le destinataire.

Le troisième stade ne nous occupera pas. Si la déclaration est rejetée, elle disparaît totalement. Si elle est, au contraire, acceptée elle s'incorpore à un contrat et son étude relève de l'étude de l'effet des contrats et non de celle plus spéciale que nous avons entreprise. Le premier stade et le deuxième vont, par conséquent, seuls nous retenir.

Au premier stade, la déclaration de volonté a été émise; son auteur l'a dirigée vers son but, mais elle n'est encore connue que de lui, — elle n'existe que pour lui et n'a pas créé de rapport entre plusieurs individus; elle n'est donc pas un phénomène social; elle le deviendra en étant prise en connaissance par le destinataire et, par là-même, pénétrera dans le domaine du Droit. Jusqu'alors, elle n'est qu'un acte individuel et ne dépend que de la volonté de son auteur qui peut librement la ressaisir.

Des difficultés se sont cependant présentées pour la déclaration à volonté passive. De ce que la volonté de celui à qui elle s'adresse n'a pas à intervenir pour donner naissance aux effets juridiques qu'elle produit, on en conclut qu'une telle déclaration produisait ses effets juridiques dès son émission. Quel que soit le rôle de la volonté à qui s'adresse la déclaration, il n'est pas moins certain que les rapports de droits étant des rapports sociaux nul ne peut se trouver engagé sans le savoir¹; du reste, la loi ou la convention stipule généralement que l'effet de droit se produira par la simple déclaration faite au sujet passif. Ce qui laisse entendre qu'il doit en avoir réelle-

1. Baudry-Lacantinerie et wahl, *Du louage*, t. I, n° 3.

ment connaissance. La discussion a été aussi particulièrement vive en matière d'acceptation d'une offre de contrat. La solution dépend du système adopté pour la formation du contrat entre absents. Si on admet le système dit « de l'émission », le contrat est formé dès l'émission de la déclaration de volonté qui se trouve par cela même parfaite. A ce système s'oppose celui de l'information aux termes duquel le contrat n'est formé que par la réception et l'acceptation par l'auteur de l'offre, c'est-à-dire lorsqu'il en a pris connaissance.

Nous ne discuterons pas la question du mécanisme du contrat entre absents, nous nous contenterons de dire que, pour nous, la règle reste la même qu'il s'agisse de déclaration à volonté active ou de déclaration à volonté passive. L'émission de la déclaration reste toujours un fait isolé et par conséquent elle ne pourra produire d'effet juridique que lorsqu'elle aura fait naître un rapport entre individu. Toutefois il faut faire une réserve et remarquer qu'un accord a pu avoir lieu antérieurement entre les intéressés, décidant que le contrat sera considéré formé dès l'émission de l'acceptation et nous admettons que cet accord puisse être tacite. Mais nous ne sommes plus alors dans le domaine de la déclaration de volonté et nous considérons, avec une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que la question de la formation du contrat est une question de fait.

Lorsque la déclaration de volonté est parvenue à la connaissance du destinataire, elle n'est plus un fait individuel du déclarant car celui qui l'a connue, s'il y a porté intérêt, la considère en quelque sorte comme lui appartenant. Alors, elle a engendré un rapport d'affaires, un rapport social et cependant le droit ne la reconnaît pas créatrice d'effet juridique. « *Ex unda pollicitatione, obliga-*

*tio non nascit*¹ ». Il semble alors, qu'au point où nous en sommes, notre étude des effets juridiques de la déclaration de volonté est terminée et qu'elle est entièrement contenue dans cette phrase : la déclaration de volonté non encore acceptée ne produit aucun effet; d'où la conséquence suivante : la déclaration de volonté est, en Droit français, essentiellement fragile. Elle peut être détruite par une simple manifestation de volonté de la part de son auteur et même, sans que sa volonté intervienne, lorsque la déclaration étant une offre elle devient caduque par la mort ou une incapacité frappant le déclarant ou le bénéficiaire, autrement dit, par la disparition d'une des deux volontés qui étaient destinées à conclure la convention. Ces solutions sont logiquement déduites du principe de l'autonomie de la volonté ; le droit, respectueux de la volonté, n'a pas voulu qu'une obligation puisse naître d'une volonté apparente ou d'une volonté qui n'est plus. Et, dans le cas où la déclaration devient caduque, du fait de la mort ou d'une incapacité frappant le destinataire, il n'a pas voulu risquer une inexacte interprétation de la volonté du déclarant, en considérant que la convention proposée pouvait se former avec une personne autre que celle à qui le déclarant avait personnellement adressé ses propositions.

La doctrine classique ajoute un corollaire à cette règle de la fragilité de la déclaration de volonté. Puisque, dit-elle, une simple volonté peut la détruire, tant que cette volonté ne se sera pas manifestée et que, d'autre part, un des événements précités ne se sera pas produit, la déclaration de volonté restera pleinement et efficacement valable. A notre avis, ce corollaire n'est pas en harmonie avec le

1. Paul, *Sent*, 12, V., § 9, D. 50-12.

rôle de la volonté qui domine la déclaration et en détermine l'étendue aussi bien dans le temps que dans ses effets juridiques. Il ne peut pas y avoir d'autre règle que de se demander, devant une difficulté de cet ordre, si, en faisant sa déclaration, l'auteur a eu l'intention de faire une proposition pouvant se réaliser dans un délai normalement assez bref ou, au contraire, dans une période de temps allant à l'infini¹. Cette opinion est, du reste, adoptée par la jurisprudence².

En résumé, pour la théorie classique, la déclaration de volonté non acceptée n'a aucune valeur juridique. Elle devient caduque si la mort ou quelque incapacité frappe la personne du déclarant ou destinataire et elle peut toujours être détruite par une volonté contraire à celle qui l'a créée.

Bien qu'issue du principe, entièrement consacré par notre Code, de la toute-puissance juridique de la volonté libre, cette théorie classique de la fragilité de la déclaration de volonté a été vivement critiquée dans la période contemporaine car elle met, dit-on, le bénéficiaire de l'offre à la merci de la volonté du déclarant; et cela est d'autant plus regrettable que c'est le déclarant lui-même, par le fait de sa déclaration qui crée cette situation précaire pour le destinataire. C'est lui qui a donné au bénéficiaire de la déclaration l'espoir, la quasi-certitude, que le contrat ne dépendait, quant à sa conclusion, que de sa simple volonté. Or, le contrat sur lequel cet individu a légitimement compté s'évanouit soudain sans que le Droit lui donne un moyen efficace de protester. Une telle théorie, conclue-t-on, est néfaste aux relations économiques; elle leur enlève

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 134, p. 179.

2. Req., 19 août 1872; D. 74-1-77, S. 73--1-56; Bordeaux, 29 janv. 1892, S. 92-2-390; Aix, 15 janv. 1920, G. P. 1920, 1^e S., p. 177.

toute sécurité et toute chance de développement. Lorsqu'une théorie juridique sacrifie sans raison un individu au bénéfice d'un autre, cette théorie juridique est mauvaise. Ces reproches ont une valeur certaine et un fondement réel. Aussi, une doctrine unanime en accord avec une jurisprudence constante considère, tout d'abord, que dans le cas où l'auteur de la déclaration s'est engagé expressément ou tacitement à ne pas rétracter sa proposition avant qu'un certain délai soit écoulé, il ne peut pas valablement la rétracter. Cependant, d'accord sur le principe, les auteurs sont divisés sur la sanction à prononcer. Les uns considèrent que le retrait étant absolument inefficace n'a aucune valeur sur la déclaration¹; les autres n'admettent pas que le contrat puisse se former après ce retrait et ils n'accordent au destinataire qu'un droit à des dommages et intérêts².

La jurisprudence ne s'est pas prononcée directement sur la question, elle a simplement déclaré que lorsque l'acceptation est donnée après l'expiration du délai, le contrat ne peut pas se former. Mais elle laisse entendre qu'elle considérerait le contrat comme valablement formé par une acceptation intervenant durant le délai et nonobstant toute rétractation³, elle donne la même solution en cas de délai fixé par l'usage⁴.

Notre jurisprudence se montre encore plus large car, en l'absence de délai et sans aucun usage établi, elle considère l'offre comme obligeant son auteur pendant le délai moral nécessaire à la recevoir et y répondre.

1. Demolombe, t. 24, n° 65; Aubry et Rau, t. 5, p. 343, p. 482; Laurent, t. 15, n° 476; Planiol, Ripert, tome II, n° 981-982, p. 355, 10^e éd.; voyez Beudant, n° 81 et Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 477.

2. Larombière, t. I, art. 1101, n° 14, Baudry-Lacantinerie et Bârde, t. I, n° 33.

3. Lyon, 17 juin 1867 Bruxelles, 25 février 1867, D. 67-2-194; S. 68-2-182.

4. Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 92-2-390.

Ainsi, le 12 juin 1869¹, la Cour de Paris tranchait la difficulté suivante : Un nommé Brousse écrit, le 4 mars 1868, à son marchand Fardeau, à Sens, qu'il est preneur de 6.000 sacs de charbon de bois à 6 francs le sac. Le 9 mars, donc cinq jour après, Fardeau répond qu'il accepte et qu'il envoie la marchandise. Mais Brousse lui répond ce même jour qu'il rétracte son offre et n'est plus acheteur. Fardeau proteste et déclare que le contrat s'est valablement formé. La Cour de Paris rejette sa prétention et l'arrêt fut confirmé par la Chambre des requêtes, le 28 février 1870 (D. 71-1.61, S. 1870-1-296), car l'offre n'avait pas été acceptée en temps utile, au bout des cinq jours, le « délai moral d'acceptation » était passé et le solliciteur pouvait retirer son offre. Il en résulte que l'offre subsiste pendant le temps moral nécessaire pour accepter.

La Cour de Besançon, le 18 mai 1893, dans un arrêt confirmé par les Chambres des requêtes, le 27 juin 1894 (S. 1898-I-434), se prononçait dans le même sens. Il s'agissait en l'espèce d'un commerçant qui, le 9 octobre 1892, adressait une offre de vente et des échantillons à un de ses clients; le 14 octobre (cinq jour après), le client accepta. Mais dans l'intervalle, se croyant dégagé, le fabricant avait vendu à un tiers. La Cour de Besançon et les Chambres des requêtes repoussèrent la demande du premier client tendant à faire reconnaître le contrat comme formé car, disent-elles, « en matière de vente commerciale, un échantillon par correspondance, c'est une règle que le contrat n'est définitivement formé que lorsqu'une acceptation définitive de l'échantillon est parvenue à l'expéditeur et si

1. Sirey, 1869-2-287.

le délai moral nécessaire pour répondre s'est écoulé sans que le destinataire de l'échantillon ait fait connaître son acceptation, le vendeur est libre de disposer de la marchandise. »

La Cour de Paris s'est prononcée par deux fois sur la question avec une fermeté particulièrement grande. D'abord, le 5 février 1910 (D. 1913-2-1) ¹, un nommé Michelin fait paraître une annonce, le 14 janvier 1908, dans laquelle il se déclarait acheteur de la *Revue des Deux Mondes*, année 1832, pour cent quatre vingts francs. Le 14 janvier, Welter, libraire à Paris, lui répond qu'il lui offre ladite revue pour 180 francs. Le 15 janvier (vingt-quatre heures après), Michelin accepte par lettre recommandée et lui envoie le prix augmenté du port. La lettre est remise le 16 janvier à Welter; celui-ci déclare avoir vendu la revue entre temps et avoir rétracté son offre du 14 janvier. La Cour de Paris considéra que le contrat s'était formé par l'acceptation de Welter le 14 janvier et que le terme d'offre qu'il employait était impropre, mais néanmoins, et c'est ce qui nous intéresse, elle déclare : « Considérant, au surplus, qu'en fût-il autrement, la prétention de Welter n'en serait pas plus fondée, en premier lieu parce qu'ayant écrit à Michelin une lettre personnelle pour lui offrir une certaine revue à un prix déterminé, il devait lui laisser le temps matériel de répondre. »

La seconde espèce se présenta devant la Cour de Paris, le 13 mars 1917 (G. P. 1917-18-I), Rabier et C^{ie} envoient, le 16 octobre 1914, à Duchesne le prix de leurs marchandises par dépêche, à 2 h. 35. Quatre heures après, ils expédiaient un second télégramme pour annuler le premier. Mais le

1. Note de M. Jules Valéry, D. 1913-2-1.

lendemain, Duchesne les avise qu'il accepte et demande l'exécution du marché. La Cour fait droit à sa prétention, car il n'avait pas dépassé les délais raisonnables pendant lesquels Rabier et C^{ie} se trouvaient engagés par leur première dépêche.

Le dernier arrêt, à notre connaissance, est un arrêt de la Cour d'Aix, du 15 janvier 1920 (G. P. 1920, 1^{er} semest., p. 177), dont voici l'un des considérants : « Attendu que le marché était traité par l'intermédiaire d'un courtier, Maurin savait qu'une correspondance devait s'échanger entre celui-ci et son client et que son offre ne serait pas immédiatement acceptée. La Cour déclare que l'offre a été acceptée dans le délai ¹.

Il semblerait, par les exemples que nous venons de citer, que la jurisprudence ait abandonné la vieille règle romaine : *Ex nudá pollicitatione obligatio non nascit* ², et qu'alors la déclaration de volonté a une valeur en elle-même, qu'elle ne peut plus être rétractée, même non acceptée, tout au moins pendant un certain délai qui peut être accordé par son auteur ou par l'usage ou n'être qu'un simple délai moral; délai, pendant lequel la déclaration de volonté liant son auteur ne peut plus être considérée comme fragile. Mais alors, la caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité frappant la personne du pollicitant doit être en même temps écartée et il semblerait que la jurisprudence doive conclure, contrairement à la doctrine, que si le pollicitant meurt brusquement ou devient subitement incapable la

1. Voyez également un arrêt de la Cour de Douai du 22 janvier 1924, Rec. Douai, 1924-69 qui reconnaît l'existence d'un délai moral, mais dans l'espèce expiré.

2. Paul, *Sentences*, V, t. XII, IX.

déclaration de volonté reste pleinement valable. Or, les deux arrêts rendus, à notre connaissance, sur la matière sont précisément en sens contraire.

Dans le premier arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 20 juillet 1846 (D. 46-I-335), les faits étaient les suivants : Un sieur Jacquelot avait coutume de souscrire des billets à la maison Valory, avec laquelle il était en compte courant. Celle-ci retirait ensuite les billets mis en circulation et les lui restituait. La maison Valory donna ainsi l'ordre aux sieurs Gondechaux, avec lesquels elle était également en compte courant, de retirer de la circulation un des billets de Jacquelot et de le lui renvoyer. Les sieurs Gondechaux exécutèrent l'opération et, dans une lettre du 20 février 1844 envoyèrent le billet à la maison Valory avec prière de les en créditer. La lettre arrive le 22 février. Mais, le 19 de ce même mois, Valory était décédé et déclaré en faillite. Les sieurs Gondechaux actionnèrent le syndic en restitution de la traite Jacquelot. Ils furent déboutés de leurs prétentions par un arrêt de la Cour de Dijon, du 6 février 1845. La Cour suprême le cassa par un arrêt du 20 juillet 1846, dont voici l'un de considérants : Attendu que l'opération par laquelle un commerçant adresse à un autre commerçant des valeurs destinées à être portées au crédit de son compte courant est un contrat bilatéral qui, aux termes des articles 1.102, 1.108, 1.175, n'acquiert son complément que par le consentement réciproque des deux parties qu'il oblige et l'accomplissement des conditions auxquelles les parties ont entendu subordonner son existence, qu'ainsi, la translation de la propriété desdites valeurs n'est consommée et ne devient définitive que lorsqu'une personne, ayant capacité à cet effet, a dûment consenti à les recevoir aux conditions

stipulées. Attendu que l'arrêt attaqué, en jugeant, dans l'état des faits par lui constatés, que le billet dont il s'agit avait cessé d'appartenir aux fils Gondechaux, et que la propriété en avait été valablement transférée à l'actif de Valory, a méconnu les principes relatifs à la formation des contrats et violé les lois précitées.

La même solution a été donnée, le 12 décembre 1889, par un jugement du Tribunal civil de Saint-Amand, confirmé le 21 avril 1891 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation¹ (D. 92-I-82).

Le 12 décembre 1883, le sieur Aubergier faisait au préfet du Cher une demande d'occupation temporaire de diverses parcelles des francs-bords du canal du Berry. Le 29 avril 1884, Aubergier décéda et ce n'est que le 25 juin de cette même année que fut rendu l'arrêté préfectoral satisfaisant à sa demande. Il résulte, dit le jugement, des principes qui régissent la formation des conventions que l'accord des volontés, indispensable à la création du contrat, ne s'est point formé dans l'espèce; qu'en effet, l'offre ou proposition émanée du sieur Aubergier s'est anéantie à son décès et par suite l'acceptation de cette offre, représentée ici par l'arrêté préfectoral du 25 juin 1884, s'est produite tardivement. Pour ce, le Tribunal n'admet pas la prétention de l'Administration des Contributions indirectes à une somme de 261 fr. 30, pour droit de location des terrains indiqués. Ainsi, la jurisprudence considère toujours la déclaration de volonté comme fragile et devenant caduque lorsqu'une incapacité ou la mort vient frapper la personne du déclarant².

1. D. 92-1-182.

2. Voyez les solutions contraires données par le Conseil d'Etat relativement aux offres de concours : Cons. d'Et., 30 mai 1879, aff. comm. de Savigny, D. P. 1889-5-371; Cons. d'Etat, 3 mai 1883, aff. Bourgeois, D. P. 1884-3-45; Cons. d'Etat, 13 août, 1884, aff. héritiers Desrat, D. P. 1885-5-474; Cons. d'Et., 17

Cette solution nous paraît d'une justification bien difficile après les exemples d'offre persistante que nous avons examinés. Mais, qui plus est, dans un arrêt du 3 février 1919¹ la Cour suprême a déclaré que l'offre non acceptée était insuffisante en elle-même pour lier son auteur, affirmant une fois de plus le principe classique que nous jugions abandonné et auquel, au contraire, elle apporte la plus complète consécration. Que faut-il penser alors des solutions que nous avons à analyser? Elles nous sont apparues comme s'opposant formellement à la règle de la fragilité de la déclaration, et cependant cette règle est nettement affirmée. La jurisprudence aurait-elle deux conceptions contradictoires? Admettrait-elle dans certaines hypothèses et pour les besoins de la pratique, que nous avons déjà signalés, en un mot pour la sécurité des relations économiques, une notion de la déclaration de volonté issue de conceptions juridiques nouvelles et considérant la déclaration de volonté comme ayant une valeur réelle. Mais alors, on ne comprend pas pourquoi, si ce sont les besoins de la pratique qui, dominant notre matière, ont fait adopter des notions nouvelles, notre jurisprudence, en présence de ces mêmes difficultés pratiques, ne fait pas appel à ces notions et considère que l'offre devient caduque s'il survient un événement portant atteinte à la personnalité physique ou juridique du stipulant. Ne faut-il pas plutôt admettre que notre jurisprudence, tout en conservant la règle classique, considère l'idée que l'offre peut avoir

déc. 1896, aff. Candelon c. Com. de Saint-Avis, D. P. 1888-5-511; Cons. d'Et., 15 janv. 1892, aff. Lavignolles, c. fabrique de N.-D. d'Oloron-Sainte-Marie, D. P. 1893-3-51; Cons. d'Etat, 3 août 1900, comm. de Villefranche-d'Albigeois, S. 1903-3-13; Cons. d'Etat, 1^{er} juillet 1898, Martin et autres c. comm. de Saint-Hippolyte, S. 1900-3-87.

2. Dalloz, 1923-1-196.

une valeur indépendante de l'acceptation comme pouvant se justifier dans certains cas définis, soit par une simple application des principes régissant le droit des contrats, soit par une intervention adéquate des principes extra-contractuels consacrés dans notre Droit.

Le problème par lequel nous sommes arrêtés est un problème, peut-on dire, de toute époque. Pothier, avant le Code Napoléon lui donnait une solution¹ et, avant Pothier, les canonistes et les romanistes en avaient déjà discuté. Mais la discussion a repris plus active et sur un terrain jusqu'alors inconnu avec l'apparition d'une nouvelle doctrine, née pendant l'élaboration du Code civil allemand de 1900, soutenant que l'engagement peut naître d'une seule déclaration unilatérale de volonté. Cette théorie parut si séduisante et si heureuse dans les explications qu'elle apporte, qu'on se demandait en France si, par la force des choses et inconsciemment, notre Droit positif ne la consacrait pas derrière le mirage de certains soi-disants concours de volonté.

Nous allons, dans cette seconde partie de notre étude, examiner les différentes explications données à notre problème. Consacrant, tout d'abord, un premier chapitre aux doctrines expliquant les difficultés qui nous occupent par les idées de contrat et de concours de volontés. Un deuxième chapitre sera consacré à l'étude de la notion moderne et germanique de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Enfin, dans un troisième et dernier chapitre nous demanderons s'il ne conviendrait pas mieux, pour trouver la justification de ces difficultés, de faire intervenir les quelques grands principes qui dirigèrent sans cesse la pensée du législateur de l'an VIII.

1. Pothier, *De la vente*, édit. Bugnet, n° 32.

CHAPITRE PREMIER

Théorie de l'Avant-contrat

La première explication tendant à justifier juridiquement le maintien de l'offre a été cherchée dans le domaine de l'autonomie de la volonté et du contrat. C'est à cette théorie, imaginée par nos anciens auteurs, qu'on a donné de nom de « théorie de l'avant-contrat ». Nous allons faire de son étude l'objet du présent chapitre consacrant une première section à son exposé et, nous réservant de faire sa critique dans une deuxième section.

I^{re} SECTION. — EXPOSÉ DE LA THÉORIE

Pour rester fidèle aux principes traditionnels et justifier cependant le maintien de l'offre si nécessaire aux relations économiques, Demolombe, le premier, imagina une explication ingénieuse¹. Raisonnant sur l'hypothèse d'une offre avec délai adressée par un marchand de Paris à un commerçant de Marseille, il écrit : « Dès le moment, en effet, où le commerçant de Marseille a reçu cette lettre, par laquelle un délai de huit jours lui était accordé, il doit être présumé avoir accepté cette partie de la proposition qui est toute entière à son avantage et qu'il n'a aucun intérêt à refuser. »

1. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, n° 65.

Bufnoir², dans son ouvrage « propriété et contrat », reprend la même hypothèse et n'admet pas que celui qui a fait une offre avec délai soit libre, tant que le délai n'est pas expiré « de telle sorte, dit-il, que l'autre partie acceptant dans le délai convenu pourra toujours obliger le pollicitant à l'exécution du contrat ou, s'il s'y refuse, lui demander des dommages intérêts pour inexécution ». Comment expliquer cette obligation, quelle peut être la source de cet engagement? « Cet engagement, écrit Bufnoir, n'émane que d'une seule volonté. » Or, une volonté, à elle toute seule, ne peut pas se lier elle-même. Pour qu'il y ait engagement contractuel, il faut que l'autre partie intéressée ait donné son acceptation. Telle est l'objection. Bufnoir y fait la même réponse que Demolombe. « La réponse, dit-il, est dans la présomption de volonté qui paraît s'imposer et que nous avons déjà indiquée, quand l'offre est uniquement dans l'intérêt de celui à qui elle est faite; on doit supposer, qu'elle est acceptée dès qu'elle est arrivée à la connaissance de celui qui reçoit cette offre et du moment qu'il ne la déchire pas. Donc, dès ce moment, une première convention s'est formée. Cette convention porte uniquement sur l'engagement de maintenir l'offre pendant un délai indiqué. »

Cette théorie qui a été appelée théorie de « l'avant-contrat », à cause de cette convention préliminaire qu'elle suppose au contrat, explique le maintien de l'offre pendant le délai accordé pour l'examiner par le jeu des principes mêmes de l'obligation contractuelle avec lesquels le maintien de l'offre paraissait être en contradiction. Toutefois, toutes les déclarations de volonté ne s'accompagnent pas d'un délai de réflexion; comment admettre dans ce cas

2. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 33^e leçon, p. 479.

qu'elles doivent être maintenues pendant un certain temps jugé moral? La difficulté n'est pas grande, disent les partisans de la théorie, car d'après les usages courants du commerce, on peut dire que toute offre est censée contenir un délai implicite : ce délai, c'est le temps moral nécessaire au contractant pour examiner l'offre et y répondre. Mais alors si, lorsque l'offre ou toute autre déclaration de volonté ne contient pas de délai exprès, la coutume veut qu'elle comporte un délai tacite, nous retombons dans le cas de la déclaration avec délai et la solution précédente vaut tout aussi bien pour ce cas nouveau¹.

Si cette assertion est réelle, pourquoi ne pas dire que toute offre doit être maintenue parce que l'usage veut qu'il en soit ainsi? Car, dire que toute offre s'accompagne d'un délai moral nécessaire au destinataire pour en prendre connaissance et y répondre, c'est dire aussi que pendant ce délai l'auteur de l'offre ne peut la rétracter valablement. Mais alors, c'est l'usage qui veut que toute offre pure et simple soit maintenue pendant un certain délai moral et c'est également l'usage qui exige que, lorsqu'un délai a été fixé par l'offrant, l'offre soit obligatoirement maintenue pendant toute la durée de ce délai. En effet, un usage qui obligerait de maintenir une offre sans délai pendant une période de temps jugée morale et laisserait librement retarder une offre accompagnée de délai, serait absolument incompréhensible et incohérent. Ainsi l'obligation de maintenir une déclaration de volonté découlerait de l'usage qui, n'étant pas en contradiction avec les textes, jouerait le rôle de loi et l'obligation de maintenir une déclaration de volonté serait en quelque sorte une obliga-

1. Cohen, Thèse, p. 96.

tion légale. Cette explication justifierait le maintien de l'offre tant pure et simple qu'accompagnée d'un délai par la seule idée d'un usage établi, sans être obligé de compléter cet usage par une convention annexe dont l'existence peut être discutée¹.

La difficulté en l'occurrence est de démontrer l'existence d'un tel usage.

Pour qu'un usage ait force de loi, il faut² « *longa, inveterata, antiquitus, probata consuetudo* », un long et constant usage, bien établi et hors de doute. Ou encore, dit M. Geny : « la conviction d'une sanction juridique, spécifiant et qualifiant l'usage comme coutume obligatoire ». Précisément, l'usage qui nous occupe est loin de posséder toutes ces qualités, il n'est pas établi fermement en jurisprudence et, en doctrine nombreux sont encore les auteurs qui n'en reconnaissent pas l'existence. Dans de telles conditions, on ne peut pas lui accorder une pareille portée. Quand bien même on admettrait l'existence d'un tel usage en matière commerciale, il n'en resterait pas moins vrai qu'il n'existe rien de tel en matière civile. Faut-il en conclure que l'offre en matière civile ne comporte pas de délai moral faute d'un usage établi? Cependant, le retrait d'une offre peut causer un tout aussi grave préjudice à la personne du destinataire; et, au point de vue juridique, faut-il admettre une différence de nature entre l'offre commerciale et l'offre civile? Nous ne le croyons pas, mais cela suffit à démontrer que la théorie de l'avant-contrat se révèle comme incomplète et c'est un grave défaut à lui reprocher. Néanmoins, elle a encore

1. Voyez Valéry, *Contrat par correspondance*, n° 187 : l'obligation dérive des art. 1135 et 1160.

2. Geny, *Méthode*, 1^{re} éd., p. 310.

de nombreux partisans et M. Cohen a voulu même la faire approuver par la jurisprudence². Si nous nous rapportons aux arrêts cités, nous y trouvons mentionnée l'obligation de maintenir l'offre pendant un délai moral, mais pas plus dans les termes de ces décisions que dans leur esprit, nous ne pouvons relever une idée de convention antérieure au contrat résultant d'une acceptation tacite.

II^e SECTION. — ANALYSE CRITIQUE DE LA THÉORIE.

La théorie de l'avant-contrat repose sur deux affirmations; la première, c'est que l'offre avec délai est une déclaration de volonté complexe comprenant en réalité deux déclarations de volonté : déclaration de volonté de contracter et déclaration de maintenir l'offre de contracter pendant un certain temps. La seconde affirmation consiste à admettre que lorsqu'une déclaration de volonté est tout à l'avantage du destinataire, son silence fait présumer son acceptation et que précisément la déclaration de maintenir son offre pendant un certain temps est tout à l'avantage du destinataire. Nous avons déjà discuté l'opinion qui veut que lorsqu'une offre est toute à l'avantage du destinataire, le silence de celui-ci soit toujours l'équivalent d'une accep-

1. Planiol, 10^e éd., Planiol et Ripert, n° 983. Colin et Capitant, II p. 271, qui, sans l'admettre ne la critiquent pas, Esmein, Planiol Ripert-Esmein, t. 6, n° 107, p. 139. Ce recours à l'idée d'un contrat spécial accepté par le silence permet de justifier la solution pratiquement nécessaire, d'après la quelle l'offrant est normalement obligé de maintenir son offre un certain temps, Contra: Baudry-Lacantinerie et Barde, éd. 1906, t. I, Obligations (12), n° 33, p. 51 Papazol, thèse, n° 12, p. 113.

2. Cass. 28 fév. 1870, S. 1870-1-296 ; Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 92-2-390 ; Cass. 27 juin 1894, D. 94-1-432 ; Paris, 5 février 1910, D. 1913-2-1 ; Paris, 13 mars 1917, G. P. 1916-17, p. 978 ; Aix-en-Provence, 15 janv. 1920, G. P. 1920-1-177.

tation. A notre avis, ce n'est pas là une règle absolue et générale, et nous n'avons pas cru devoir abandonner le principe qui veut que le silence soit l'égal d'une acceptation, à la condition seulement qu'il constitue une présomption en ce sens. Pour nous, le silence par lui-même ne vaut jamais acceptation, nous admettons seulement que l'ensemble des circonstances qui l'environnent peuvent le faire présumer tel, et cela quel que soit l'avantage offert à la personne qui garde le silence. Or, peut-on soutenir que dans tous les cas, le destinataire d'une offre avec délai entend accepter le délai qui lui est offert ? S'il en était ainsi, en notre époque de publicité intensive, nous passerions notre temps à accepter des délais, que la sollicitation continue et bienveillante des commerçants ne manque pas de nous offrir. En vérité, nous n'y prêtons pas attention¹. Reprenons le syllogisme étayant la théorie de l'avant-contrat. Le silence vaut acceptation lorsque l'offre est tout entière à l'avantage du destinataire. Or, le délai est tout à l'avantage du destinataire donc le délai est accepté. Nous en rejetons la majeure, quant à la mineure, elle ne nous paraît pas inattaquable. En effet, le délai paraît être entièrement à l'avantage du destinataire lorsqu'il suppose une période de temps assez longue, ou plus exactement lorsqu'il accorde au destinataire une période de temps plus étendue que celle que l'on prend habituellement dans la pratique courante des affaires pour passer un contrat de la même espèce. Mais, lorsque le délai accordé est très court, comme par exemple l'exigence d'une réponse télégraphique, ce n'est plus à vrai dire un délai pour réfléchir, mais au contraire

1. Worms, thèse, p. 176 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Oblig.*, t. I, n° 33, p. 151.

un délai pour empêcher de réfléchir. Accepté, ce délai oblige le destinataire de l'offre à contracter sans qu'il ait pu mesurer les risques du contrat. Sans ce délai, peut-on dire, il n'aurait peut-être pas pu contracter, mais rien ne prouve que cela eût été un mal pour lui, et peut-être, à la réflexion regrettera-t-il d'être engagé. Ainsi, par exemple, lorsque l'acceptation est exigée par retour du courrier, il est assez fréquent, en pratique, de voir le destinataire de l'offre accepter la proposition et télégraphier après une réflexion plus sérieuse, de considérer son acceptation comme non avenue. Si la réponse a été télégraphiée, faute de moyen de transmission plus rapide, le contrat se formera. On ne peut pas objecter qu'en l'espèce il n'y eut pas de délai, car le délai consiste pour le déclarant à ne pas reprendre son offre avant le temps nécessaire à recevoir la réponse télégraphique. Pour nous, il n'y a pas de doute à avoir sur l'existence du délai, mais ce qui nous paraît douteux, c'est que ce délai soit toujours à l'avantage du destinataire de la déclaration. Inacceptable dans sa majeure, critiquable dans sa mineure, la conclusion du syllogisme étayant la théorie de l'avant-contrat nous paraît absolument inadmissible.

Pour pouvoir établir le syllogisme que nous venons de critiquer, il faut admettre tout d'abord que l'offre avec délai est composée de deux déclarations de volonté. Déclaration de vouloir contracter et déclaration de maintenir l'offre dans toutes ses conditions pendant le délai indiqué. La question se pose donc de savoir si cette division de l'offre est légitime ; aussi, devons-nous à présent nous demander, nous rappelant que la volonté est l'élément capital de la déclaration de volonté, si l'auteur de la déclaration a eu la volonté réelle de présenter deux offres à l'acceptation du destinataire ?

Dans l'esprit du déclarant, le délai qu'il accorde est uniquement destiné à favoriser la conclusion du contrat ; pour lui, offre de délai et offre de contrat ne sont qu'un tout dont la fin est de faire naître une convention. Si l'on fait abstraction du contrat, on ne voit pas l'utilité qu'il y aurait à maintenir une déclaration de volonté. Aussi, lorsqu'un déclarant accorde un délai de huit jours, par exemple, à un destinataire, ce délai fait pour lui partie de l'offre de contrat ; s'il pouvait prévoir que l'offre n'intéressera pas le destinataire, il ne le lui accorderait pas. Le délai est donné en vue du contrat et rien que pour le contrat, parce qu'il renforce le caractère sérieux de l'offre et que le plus souvent il est jugé indispensable à la conclusion du contrat envisagé.

Enfin, les termes employés ne révèlent pas chez l'auteur de la déclaration le désir de faire naître une convention.

Il accorde un délai, mais ne suppose pas que le destinataire ait à intervenir par une acceptation. Il en fixe la durée, il est le seul maître. C'est en quelque sorte un ultimatum qu'il pose lorsqu'il exige de câbler la réponse, mais rien ne laisse soupçonner chez lui la pensée que le destinataire puisse intervenir. Ce délai se présente tantôt sous la forme d'un avertissement destiné à faire hâter le destinataire, tantôt sous celle d'une concession, mais toujours en vue d'une fin : le contrat.

Pour le déclarant, le délai fait partie des conditions contenues dans l'offre, comme par exemple l'indication que le paiement devra se faire au comptant.

Enfin, si l'on admettait cette théorie, il faudrait reconnaître l'existence d'une convention annexe indépendante du contrat lui-même, et comme par définition cette convention est parfaite puisque normalement formée par l'accep-

1. Worms, thèse, p. 176 ; Contra, Valéry, n° 175, *op. cit.*

tation indirecte du silence du destinataire, elle doit être sanctionnée indépendamment du contrat qui lui succédera. C'est ainsi que si le contrat ne peut être conclu, il faudra sanctionner l'obligation née de l'avant-contrat, alors même que l'événement qui a mis obstacle à la formation du contrat est absolument indépendant de la volonté de l'offrant.

Une pareille solution suffit à condamner la théorie et après avoir reconnu la véracité du caractère scholastique qu'on lui a souvent reproché, nous refusons d'en admettre les conséquences que son application doit entraîner.

CHAPITRE II

La théorie de l'engagement par manifestation unilatérale de la volonté

Des efforts ont été faits pour chercher à justifier la valeur juridique et positive de la déclaration de volonté en faisant appel à la théorie allemande de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté¹. Aux termes de cette théorie, la volonté du déclarant se lie elle-même et donne naissance à une obligation juridique. Ce n'est pas dire que, par sa seule volonté, un individu puisse modifier la situation juridique d'un autre, car, en cela, il empiéterait sur les droits d'autrui. Mais il peut, par sa seule volonté, modifier sa propre situation en vertu des droits souverains qu'il a sur lui-même. Ainsi une personne s'oblige envers une autre sans pour cela la rendre obligatoirement créancière de cette dette ; pour devenir créancière, cette personne

1. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 141, p. 147 ; Lerebours-Pigeonnière, dans l'œuvre juridique de R. Saleilles, *De la déclaration de volonté* ; Meynial, *De la déclaration de volonté*, *Rev. trimestr.*, 1902, p. 545 ; Worms, *De l'obligation unilatérale*, thèse, Paris, 1891 ; Geny, *Méthode d'interprétation et sources du droit*, 2^e éd., 1919, n° 172 bis, p. 160, 163, 164. Voyez aussi *Annales du droit commercial*, 1901, p. 335 ; Goldberg, *Essai d'une théorie de l'engagement unilatéral dans le C. civ. allemand*, Thèse, Nancy, 1912 ; Mateesco, Thèse, Paris, 1919 ; Talandier : *De l'engagement par volonté unilatérale*, Toulouse, 1912, Thèse. Guilhaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale*, Thèse, Rennes, 1901 ; Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Paris, 1907.

devra en manifester la volonté, et cela en donnant son acceptation. Ce qui se présente comme nouveau et bizarre dans les conceptions de cette théorie, c'est qu'une dette est créée et existe juridiquement, sans qu'il se trouve un créancier pour s'opposer au débiteur qu'elle fait naître, et il peut se trouver des cas où la dette existera sans qu'il se trouve jamais de créancier pour s'en saisir. Il y a en cela, il faut le reconnaître, des conceptions qui ne sont pas sans surprendre nos notions juridiques latines ; néanmoins, des arguments historiques et des arguments juridiques ont été invoqués en faveur de cette théorie moderne, en Allemagne d'abord, et en France ensuite.

Les législations modernes, dit-on, proviennent en général de deux sources : la source romaine et la source germanique¹. Or, le Droit romain admettait, dans certaines circonstances, l'engagement unilatéral ; quant au Droit germanique, il en faisait un véritable principe.

On a tout d'abord donné de nombreux exemples d'obligation issue d'une manifestation unilatérale de volonté, empruntée au Droit romain, entre autres, la *dictio dotis*, la promesse de récompense, le *votum* et la *pollicitatio* en faveur d'une divinité, et la *pollicitatio* en faveur d'une ville, sous la condition cependant d'une juste cause. Toutefois, ces deux exemples ne sont pas exempts d'attaques. MM. Brinz et Pernice déclaraient qu'il n'y avait en l'occurrence qu'un contrat avec les dieux ou la cité, ce qui paraît, il faut le reconnaître, bien difficile à soutenir, mais tout récemment, M. Brini² a repris la question en s'appuyant sur de nouveaux textes et a conclu qu'il n'y avait pas lieu de considérer ses engagements comme émanant d'une mani-

1. Voyez pour tous ces arguments, M. Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de titres au porteur*, Rousseau, 1891, n° 252, p. 185.

2. Brini : La bilateralità della pollicitationes ad una res publica a dei vota nel dir. rom. R.A.I.B. 1908.

festation unilatérale de volonté, mais, en tenant compte de leur place soit dans le droit public, soit dans le droit sacré, on pouvait les considérer comme de simples engagements conditionnels. En admettant même que l'engagement par déclaration unilatérale de volonté ait été sanctionné en Droit romain, dans ces deux cas, il n'en résulterait qu'une très faible exception au principe général exprimé par Paul dans ses sentences et conservé par le *Digeste* au titre De pollicitationibus : « Ex nuda pollicitatione non nascit obligatio ».

En Droit germanique, ajoute-t-on, toujours sur le terrain historique, la notion du contrat n'existe pas. C'est l'offre et l'acceptation qui le composent qui, prises séparément, sont sources de l'obligation, le concours des volontés n'ayant nullement à intervenir. M. Wahl objecte cependant qu'une étude approfondie du Droit germanique des contrats démontrerait que la notion de contrat n'était certainement pas remplacée chez les Germains par celle d'engagement par manifestation unilatérale de volonté. Mais cela, conclue-t-il, n'a pas une bien grande importance pour notre étude car il est historiquement démontré que ces principes germains ont été détruits par la réception du Droit romain et qu'il n'en est rien resté dans les législations modernes¹. Donc, pas plus le Droit germanique que le Droit romain ne sont concluants ; que le Droit germanique ait connu cette théorie, cela paraît à peu près certain, mais on ne peut pas considérer ce droit comme faisant partie de notre tradition juridique ; quant au Droit romain, s'il a peut-être fait quelques applications exceptionnelles de la théorie, il ne l'a ni pressentie, ni dégagée, car s'il en avait été ainsi

1. Albert Wahl, *op. cit.*, p. 187.

elle se serait incorporée dans notre Droit du XIII^e au XVI^e siècles, avec la renaissance du Droit romain, alors qu'au contraire nous ne la voyons seulement se révéler qu'aux environs de 1900. En réalité, la véritable origine de la théorie doit être recherchée dans les besoins de la pratique actuelle¹.

Sur le terrain théorique, on justifie l'engagement par manifestation unilatérale de volonté par le raisonnement suivant : Le caractère obligatoire de la promesse, dit-on, permet seulement d'expliquer le caractère obligatoire du contrat, qui n'est autre chose que l'effet obligatoire de deux promesses sur lesquelles le contrat repose. Car, si le promettant ne peut se lier valablement dans l'intérieur de son cercle de puissance, il ne peut être lié par une déclaration s'adressant à la partie adverse, laquelle n'est pas fondée à prendre une décision dans un cercle de puissance étranger. Le caractère obligatoire du contrat a ainsi, comme antécédent nécessaire, celui de la promesse ; cela ne nous explique pas cependant pourquoi la promesse est obligatoire. Or, quelles que soient les raisons indiquées pour justifier ce caractère obligatoire, les auteurs ont abouti à faire de la promesse une obligation morale, mais non une obligation juridique et, en définitive, tous les essais de justification se ramènent à celui de Tarde. « Si on ne devait sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les a acceptés et a fait connaître son acceptation, et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, et la totalité des grandes affaires seraient impossibles. » En définitive, besoins de la pratique et besoins sociaux justifient seuls un tel enga-

1. Worms, thèse, Paris, 1891.

gement. Et ce sont aussi des arguments faisant intervenir le caractère social du droit que M. Demogue invoque pour justifier cette théorie qu'il approuve. « Par ce seul fait qu'une promesse a été voulue, écrit-il, il n'y a pas de raison de la rendre socialement obligatoire. Mais elle a été lancée dans le milieu social ; des destinataires déterminés ou indéterminés en ayant pris connaissance, se fient à la promesse faite, agissent ; en conséquence, elle doit être obligatoire. La sécurité l'exige¹. »

Tels sont les arguments qui soutiennent la théorie moderne que nous étudions, laquelle, il faut le reconnaître, a eu un très grand succès doctrinal, et cela se conçoit lorsqu'on considère qu'elle apporte une explication à la fois simple et générale à toutes les difficultés qui nous ont arrêtés, et satisfait entièrement à certaines exigences de la pratique actuelle. Néanmoins, il convient de se demander si, en l'état actuel de notre Droit, il nous est permis de faire place à cette théorie, s'il n'y a pas en elle quelque chose qui heurte notre législation positive ou tout au moins les principes qui l'ont inspirée, et si elle ne suppose pas dans ses conséquences l'admission de conceptions juridiques en opposition avec les théories et les concepts juridiques de notre Droit positif. Après quoi, dans la seconde section de ce chapitre second, nous nous poserons la question de savoir s'il serait utile et souhaitable d'accueillir cette théorie nouvelle dans notre droit, quitte à modifier, s'il y a lieu, certains de nos concepts juridiques traditionnels, cela pour satisfaire aux désirs impérieux de la pratique.

1. Demogue, t. I, n° 18, p. 57, citant Jacobi, *Versprechen und Vertrag* note 3.

I^{re} SECTION. — L'ENGAGEMENT PAR MANIFESTATION UNILATÉRALE
DE VOLONTÉ ET NOTRE DROIT POSITIF

La règle que la simple pollicitation n'engage pas son auteur, venue du Droit romain, a été conservée par notre ancien Droit comme axiome juridique, et les rédacteurs de notre Code l'ont eux-mêmes implicitement mais nettement consacrée. Du reste, Pothier, dont les œuvres les guidèrent, écrivait dans son *Traité des obligations*¹ : « Celui qui a fait la promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée », et il ajoute plus loin : « Il ne peut y avoir d'obligation sans deux personnes : l'une qui ait contracté l'obligation et l'autre envers qui elle est contractée. » L'opinion de Pothier que nous venons de citer représente l'opinion unanime de cette époque et même, il est permis de dire la seule opinion, car jusqu'alors, comme aucune autre conception ne s'était révélée en matière de création d'obligation en dehors de celle qui place le fondement du lien de droit dans le concours de deux ou plusieurs volontés concordantes. Aussi, devant cette conception unique et considérée comme inhérente au Droit des obligations, les rédacteurs de notre Code n'ont pas cru nécessaire de la consacrer implicitement. C'était pour eux une de ces vérités qu'il est inutile de consacrer, parce qu'il est impossible de concevoir qu'il en soit autrement. Aussi, n'est-ce pas dans les textes de notre Code qu'il faut chercher à découvrir la trace de la théorie qui nous occupe. Il doit être reconnu en

1. Pothier, *Traité des obligations*, p. 14, n° 4, éd. Bugnet.

toute honnêteté, ainsi que le constate M. Gény¹ : « En somme, du point de vue strictement légal, si l'on veut, suivant les règles d'une saine interprétation de la loi, ne pas dépasser ici la pensée, ni la volonté du législateur, on doit dire ce semble que : n'ayant pas aperçu la question par nous posée, il n'a pas pu vouloir la résoudre. »

Bien que notre Code ne se soit pas prononcé et qu'il n'ait même pas pu se prononcer, les partisans de la théorie moderne de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté y ont cherché et trouvé des arguments de texte en faveur de leur thèse. Se basant sur certaines dispositions qui paraissent en contradiction avec la règle romaine de la fragilité de la pollicitation et ne peuvent, soutiennent-ils, s'expliquer que par la théorie nouvelle, ils en tirent cette conclusion qui, pour eux, coule de source : Si les rédacteurs du Code n'ont pas consacré la théorie moderne, ils l'ont du moins pressentie et approuvée.

Le texte capital en la matière² est l'article 2184 complété par l'article 2185 I^{er}, et d'où il résulte que celui qui achète un immeuble grevé d'hypothèques peut en opérer la purge en offrant aux créanciers inscrits de les payer jusqu'à concurrence du prix pour lequel il a acheté cet immeuble. L'acheteur est tenu de maintenir son offre quarante jours pendant lesquels les créanciers pourront accepter ou refuser le prix. Dans le premier cas, l'acheteur sera définitivement obligé et devra payer le prix stipulé aux créanciers inscrits. Cette offre, dit-on, est source d'une obligation et n'a pris naissance que par la volonté du déclarant. En

1. Gény *Méthode*, 2^e édit., n° 172 bis, pages 160, 163, 164.

2. Henri Capitant, *De la cause dans les obligations*, 3^e éd., 1927, n° 33, p. 79. Il faut cependant remarquer que M. Capitant d'autre part ne considère pas cet argument de texte comme bien fort et convaincant.

considérant le texte de plus près, on constate tout d'abord qu'il n'intervient que lorsque l'obligation de payer est parfaite et l'obligation qu'il impose à l'acheteur ne présente pour lui aucun dommage supplémentaire. Ayant passé un contrat de vente, il sera toujours tenu d'en acquitter le prix. Les dispositions que nous examinons n'ont pas pour résultat de faire naître une obligation nouvelle, mais de fixer une des manières dont s'exécutera une obligation préexistante.

Mais qui plus est, on peut se demander s'il est ici légitime de parler d'obligation naissant par la seule volonté manifestée de l'acheteur. L'acheteur d'un immeuble a la seule volonté d'en devenir propriétaire et de jouir de son droit de propriété. Si cet immeuble est grevé d'hypothèques, il est obligé, s'il veut en avoir la propriété absolue, de faire disparaître ces hypothèques.. Pour ce faire, la loi lui accorde plusieurs moyens, entre autres celui qui nous occupe : payer entre les mains des créanciers inscrits. Dans l'établissement des divers moyens mis à sa disposition, la volonté de l'acheteur n'intervient pas : c'est la loi, et la loi seule qui, impérativement, l'oblige à accomplir une de ces formalités. S'il ne dépendait que de sa volonté, les hypothèques disparaîtraient automatiquement du fait de son achat et du paiement du prix, car il n'a aucun souci de protéger les intérêts des créanciers de son vendeur. S'il accomplit les formalités requises, c'est bien parce qu'il y est contraint, d'autant que dans l'hypothèse que nous envisageons, il peut voir son offre refusée, ce qui n'est certes pas son désir. Pour toutes ces raisons, l'argumentation prétendant que l'acheteur s'oblige de sa propre volonté à maintenir son offre pendant quarante jours, nous paraît inexacte, car il n'a voulu ni les formalités ni le délai. Sa volonté n'est

intervenue que dans le dilemne consistant à choisir un mode de libération exigé par la loi, encore qu'en l'occurrence la loi l'oblige à ne choisir qu'une fois. Ne trouvant pas la volonté, il nous paraît singulier de chercher un engagement résultant d'une manifestation unilatérale de volonté. Nous trouvons une obligation légale, déclanchée par un acte volontaire de l'homme, mais comme, par définition, tous les actes de l'homme sont volontaires, on pourrait, en raisonnant comme on l'a fait pour les articles 2184 et suivants, trouver des engagements par manifestation de volonté unilatérale dans la plupart des obligations légales. Si nous rappelons que le principe de l'autonomie de la volonté doit s'incliner devant l'impératif de la loi, tous ces raisonnements nous paraîtront aussi peu utiles que convaincants. En effet, on invoque encore de nombreux exemples en faveur de la thèse moderne et qui sont pris dans des textes relatifs à l'acceptation et la renonciation de succession ou de communauté, à l'abandon de mitoyenneté ou de possession, à la confirmation d'un acte nul, à la renonciation aux servitudes ou à une hypothèque, à la ratification d'une gestion d'affaires, à la révocation d'un mandat, à la reconnaissance d'enfant naturel, auxquels M. Gény ajoute une formule générale : « A tous les actes se ramenant en définitive à l'enrichissement d'une personne par la seule volonté d'une autre et dont le législateur ait pu sans conteste subordonner l'effet à l'acceptation du bénéficiaire. » Mais tous ces textes créent en réalité des obligations légales plus ou moins en conformité avec la volonté de celui qui les supporte. Et c'est une contradiction, dit M. Wahl ¹, de se baser sur la volonté pour valider des enga-

1. Albert Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, Rousseau, 1891, n° 254.

gements où la volonté n'est pour rien ; que l'on soit donc franc et que l'on dise « il y a obligation *ex lege* ».

Pour répondre à ces arguments de textes, les partisans de la théorie traditionnelle ont à leur tour invoqué d'autres dispositions de notre Code, les uns étant considérés comme inconciliables avec la théorie moderne, les autres comme confirmant leur opinion.

Tout d'abord, ce fut l'art. 1370, considéré comme donnant une énumération limitative des sources des obligations, et dans aucune desquelles on ne peut faire entrer la manifestation unilatérale de volonté. Cet argument n'a pas paru sans réponse et même, avec une audace certaine, il faut le reconnaître, M. Mateesco a fait de ce texte la consécration légale de la théorie moderne qu'il défend donnant en cela à ce texte l'aspect d'une arme à deux tranchants.

M. Gén^y ¹ a tout d'abord attaqué le caractère limitatif de l'énumération faite par l'art. 1370. « Je voudrais bien savoir, écrit-il, sur quoi l'on base dans notre Droit moderne cette assertion que la loi énumère limitativement et exclusivement toutes les sources d'obligations et, vainement, voudrait-on relever et fortifier celle-ci en ajoutant que la théorie du Code sur la formation du contrat par le consentement (art. 1108), exclut nécessairement l'idée que la simple sollicitation, puisse, avant acceptation, engager celui dont elle émane. En admettant que telle ait été la pensée du législateur à l'endroit d'une offre de contrat dans des conditions normales, il n'en résulterait qu'une seule chose, c'est qu'il a présumé non sans raison d'ailleurs, cette offre normalement précaire. On ne saurait légitimement en conclure

1. Geny, *Méthode*, t. II, 2^e éd., n° 172, p. 161.

que cette fragilité soit essentielle à l'offre, de par sa nature, encore moins que toute déclaration de vouloir à obliger ».

Bien que parfaitement exacte, cette argumentation apparaît cependant comme quelque peu forcée dans la conclusion. Le législateur de l'an VIII n'a pas, c'est certain, déclaré ni vouloir déclarer que l'énumération qu'il donnait des sources des obligations était limitative, mais son attitude s'explique du fait qu'il croyait être complet et par conséquent définitif sur la question. Ne soupçonnant pas qu'il existât ni qu'il pût exister d'autres sources d'obligations, il n'a pas pu avoir la pensée de déclarer l'énumération de l'art. 1370 limitative, il a cru qu'elle l'était d'elle-même, par la force des choses. C'est là, à notre avis, que doit s'arrêter la conclusion ; quant à savoir si l'offre est essentiellement fragile, c'est une question que les rédacteurs du Code ne se sont pas posée et les textes du Code ne nous permettent pas légitimement de la résoudre.

Reprenant l'argumentation de M. Gény, M. Mateesco prétend qu'il faut la pousser plus loin et que l'art. 1370 est bien autrement probant qu'on a coutume de le croire, et, avec une hardiesse caractérisée, qu'il qualifie d'interprétation objective, M. Mateesco se charge de compléter le développement. Ce texte, dit-il, du moins dans son paragraphe premier, a été rédigé avec une maladresse évidente et, c'est cette prétendue maladresse de rédaction qui va être le pivot de la thèse¹. Certains engagements, aux termes de ce paragraphe, se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui qui est obligé. Or, il est certain pour notre auteur que le mot convention est mal choisi. Une convention impli-

1. Mateesco thèse p. 54 et suiv,

que l'idée d'un accord, et, il ne peut y avoir d'accord avec une seule personne ; c'est précisément ce que semble dire le texte si on sépare les deux propositions qu'il contient. En effet, il parle premièrement d'engagements se formant sans qu'il intervienne aucune convention de la part de celui qui s'oblige et, deuxièmement d'engagements qui se forment sans aucune convention de la part de celui envers lequel il est obligé. Ceci constaté, dit-il, il faut remplacer le mot convention par la seule expression qui convienne : déclaration de volonté. Ceci fait, ce texte devient logique et lumineux. Il y a des engagements qui naissent sans aucune déclaration de volonté de la part de celui qui s'oblige, d'où il résulte *a fortiori* que lorsqu'une telle déclaration se produit, un engagement valable se forme. Cet *a fortiori* ne nous paraît pas très convaincant, d'autant que, pour être logique, il faudrait faire le même raisonnement pour la deuxième proposition du texte et admettre, *a fortiori* également, qu'un engagement peut naître, par la simple déclaration de la part de celui envers lequel il est obligé. C'est-à-dire, qu'il y aurait cette fois-ci une dette sans débiteur. M. Matéesco s'y refuse en se retranchant sous des raisons grammaticales. Après quoi, ce juriste déclare que par cette interprétation objective, donc scientifique, et qui ne force en rien le texte, il est démontré que l'art. 1370 consacre la manifestation unilatérale de volonté comme source d'obligation. Une interprétation honnête de la volonté du législateur ferait, à notre avis, bien mieux notre affaire et n'aboutirait pas à la déformation de ce texte qui signifie simplement qu'il y a des obligations qui n'ont besoin pour naître d'aucune volonté, pas plus de celle de celui qui s'oblige, que de celle de celui envers qui il est obligé parce que ce sont des obligations légales et les paragraphes qui suivent nous l'expliquent clairement.

Les juristes classiques n'ont pas seulement invoqué ce texte hybride ; ils se sont aussi prévalus de l'art. 1300 de notre Code qui édicte que quand les qualités de créanciers et de débiteurs sont réunies sur la même personne, l'obligation est éteinte par confusion. Pour qu'il y ait rapport de droit, il faut un créancier et un débiteur. On objecte que, dans cette hypothèse, la créance n'est pas éteinte mais que c'est seulement son exécution qui est paralysée. On a assimilé aussi l'obligation naissant par la manifestation d'une seule volonté à une obligation contractée sous une condition purement protestative de la part de celui qui s'oblige, déclarée nulle par l'art. 1174.

Enfin, l'argument capital est l'art. 932 d'après lequel la donation entre vifs, n'engage le donateur et ne produit d'effets que du jour où elle a été acceptée par le donataire. C'est la preuve même, disent les partisans de la doctrine classique, qu'une manifestation unilatérale de volonté ne suffit pas à faire naître l'obligation, même si elle est faite dans les formes solennelles exigées par la loi (art. 931). C'est en ce sens que l'interprète la jurisprudence et on peut en donner comme exemple un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 25 mai 1891¹. Par testament, une personne avait partagé ses biens entre ses frères et sœurs, neveux et nièces : au cours de l'inventaire qui suivit son décès, on découvrit un titre de rentes de 350 francs au nom d'une de ces petites nièces, mineure et sous la tutelle de son père ; le défunt avait lui-même fait opérer le transfert de son titre, au profit de sa nièce et son intention de la gratifier se trouvait donc bien établie : mais il n'avait prévu ni sa nièce ni son tuteur, et ceux-ci dans leur ignorance n'avaient pu accepter la donation. Le père

1. Paris, 25 mars 1891, S. 1892, 2^e, 129, avec une note de M. Tissier.

tuteur assigna les héritiers en revendication du titre, et le Tribunal civil de la Seine fit droit à sa demande, le transfert étant jugé régulier. Mais, sur appel, la Cour de Paris réforma le jugement, car ce transfert réalisait une donation indirecte qui, pour sa validité, exigeait une acceptation du vivant du donateur. Faute de cette acceptation, le contrat n'était pas formé et la mineure n'avait pu devenir titulaire du titre de rente ; il n'y avait pas eu engagement, mais simple offre de donation disparaissant par la mort du pollicitant.

Cet article 932 apparaît donc comme un argument très solide en faveur de la doctrine classique et lui permet d'affirmer que la manifestation unilatérale de volonté n'oblige pas tant que la volonté de celui à qui elle est adressée ne s'y est pas jointe.

Tous ces textes jetés dans le débat ne nous amènent pas toutefois à beaucoup de précision. Tout au plus, l'art. 932 paraît concluant en faveur de la théorie traditionnelle, mais encore n'est-il pas absolument péremptoire. On objecte contre lui qu'étant relatif à la donation, contrat assez mal vu par les rédacteurs du Code, il ne serait pas surprenant que cette disposition rigoureuse ne s'adressât qu'à celui-ci et qu'il en fût autrement pour les autres contrats. Aussi, clôturant notre recherche basée sur l'analyse des textes, nous concluerons avec M. Gén^y ¹ : « La velléité législative qui n'a pas su se fixer en une volonté précise, demeure non-avenue pour l'interprète et ne peut entrer en ligne dans l'application du droit positif ».

Du point de vue purement légal, le Code civil, avons-nous constaté, n'approuve ni n'improove la théorie nouvelle,

1. Gén^y, *Méthode*, 2^e éd. t. II, p. 106.

mais, à défaut de textes, ses partisans ont invoqué à son appui certaines de nos institutions pleinement consacrées par notre Droit positif.

La souscription aux actions d'une société de commerce en voie de formation a été considérée comme un engagement résultant de la seule volonté du souscripteur qui signe le bulletin en y indiquant le nombre d'actions qu'il désire. Mais les opinions de la doctrine sont divergentes et il n'apparaît pas même que ce soit celle de la volonté unilatérale qui l'emporte¹.

Enfin, certaines opérations contractuelles se doublent, dit-on, d'un engagement par manifestation unilatérale de volonté. Ce sont les engagements résultant de la signature d'un acte négociable ou d'une stipulation pour autrui.

La signature d'un acte négociable ferait naître un double engagement : un engagement contractuel vis-à-vis du premier créancier et un engagement unilatéral envers tous ceux qui deviendront créanciers par la remise du titre ou l'endossement. Ce sont deux engagements distincts et les vices qui entachent l'un n'ont aucune influence sur l'autre ; cela permet de donner une solution satisfaisante à la règle de l'inopposabilité des exceptions. Mais, loin de réunir l'unanimité des adhésions, elle a été souvent fortement combattue².

La stipulation pour autrui consiste en un contrat passé entre deux personnes : le stipulant et le promettant. Le stipulant demande à son co-contractant de s'engager à faire telle chose, généralement à payer une certaine somme ou

1. Lacour et Bouteron, p. 257 ; Thaller et Pic, t. II, n° 874, p. 249.

2 Thaller, Nature juridique du titre de crédit, *Annales droit com.* 1906 p. 6.

servir une certaine rente au profit d'un tiers bénéficiaire. Pour une telle opération, le promettant se trouve engagé envers le tiers bénéficiaire sans que ce dernier soit apparu au contrat. Pour expliquer cet engagement du promettant, on dit qu'il a pris un engagement par volonté unilatérale envers le tiers. Ainsi s'expliquent tous les effets de la stipulation pour autrui. Il convient tout d'abord de remarquer que Saleilles qui fut, peut-on dire, l'animateur en France de l'obligation créée par une seule volonté, n'a pas cru voir une application de cette théorie dans la stipulation pour autrui. « Si le promettant est lié envers le tiers, écrit-il, c'est uniquement parce qu'il a pris l'engagement envers le stipulant : le contrat intervenu entre le stipulant et le promettant est le seul titre du bénéficiaire, l'idée d'une déclaration de volonté unilatérale n'a donc rien à faire ici ». Pour Saleilles l'engagement du promettant ne serait qu'une modalité dans l'exécution du contrat ; mais cela n'explique pas toutefois pourquoi le tiers a un droit direct envers le promettant.

M. Planiol a donné une explication tout aussi satisfaisante que celle apportée par la déclaration de volonté unilatérale. L'opération est à son avis une gestion d'affaires et il l'analyse de la façon suivante² : le promettant offre de s'engager comme débiteur, le stipulant accepte, mais pour le compte du tiers bénéficiaire ; après quoi, il offre à ce dernier de prendre pour lui le contrat. Si le tiers accepte, il ne fait en réalité que ratifier la gestion du stipulant. On objecte que celui qui gère les affaires d'autrui est obligé de continuer sa gestion. Le stipulant ne pourrait donc pas

1. Saleilles, *De l'obligation*, n° 249.

2. Planiol et Ripert, 10^e éd., n° 1225, p. 435.

révoquer, et cependant il est nécessaire qu'il puisse toujours révoquer et qu'il puisse appliquer le bénéfice de l'opération à une autre personne ou à lui-même. M. Planiol a paré l'objection en remarquant que lors de la passation du contrat le stipulant et le promettant étaient libres de créer au profit du tiers un droit ayant un caractère révocable. Et lorsque le tiers ratifie le contrat, il le ratifie tel qu'il est¹.

Dans l'examen que nous venons de faire de notre droit positif, si nous n'avons trouvé ni texte ni institution permettant de condamner de façon définitive la théorie nouvelle, nous n'avons du moins rencontré ni texte la consacrant, ni institution en étant une application. Aussi nous allons à présent nous demander si, du point de vue des principes qui régissent notre droit, il convient que nous l'accueillions ou au contraire que nous la rejetions. Cependant, pour ce faire, il nous faudrait dégager le fondement juridique de cette théorie.

Partant de l'idée qu'aux termes mêmes de cette théorie c'est la volonté qui se lie elle-même, créant par cela une obligation juridique, un rapprochement avec le principe de la toute-puissance de la volonté libre, devait normalement se présenter à l'esprit et c'est précisément ainsi que M. Gény considère la théorie moderne comme ayant son fondement juridique dans le principe de l'autonomie de la volonté : « La reconnaissance de l'engagement par promesse unilatérale se présente, *prima facie*, comme une conséquence fort naturelle en soi de l'autonomie de la volonté telle que la recommande l'organisation sociale moderne² ».

1. Planiol et Ripert, 10^e éd., n° 1247, p. 442.

2. Geny, *Méthode*, t. II, n° 172 et suivants, p. 156, 2^e éd. Voyez aussi Matteosco, *op. cit.*

On argumente, du principe de l'autonomie de la volonté qu'étant la consécration de la toute-puissance de la volonté libre, il s'en induit logiquement que la volonté est libre d'aliéner sa liberté pour s'engager dans un lien juridique. Le raisonnement est exact jusqu'à présent, mais il est incomplet et appelle nécessairement cette réciproque que, si par hypothèse, aucun autre élément n'est intervenu, elle sera encore toute-puissante à ressaisir sa liberté. Si l'on rejette cette réciproque il faut nécessairement admettre que la seconde volonté a moins de puissance que la première, ce qui n'est assurément pas une conséquence de l'autonomie de la volonté. M. Gény a parfaitement prévu l'objection ; aussi, n'invoque-t-il pas le principe de l'autonomie comme fondement unique de la théorie moderne ; il l'amalgame au préalable avec des données sociologiques : si bien qu'on confond en même temps le rôle de l'autonomie et celui de l'organisation sociale moderne. A notre avis, si l'on veut invoquer le principe de l'autonomie en faveur de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté, il faut le faire seulement pour constater que la volonté de l'homme est libre de faire ou de ne pas faire une déclaration de volonté, mais nullement pour expliquer la force obligatoire de cette déclaration qu'il est absolument impuissant à justifier.

Si la volonté est libre, disons-nous, d'aliéner sa liberté, elle est également libre de la reprendre. Pour qu'il en soit autrement, pour que l'engagement devienne irrévocable, il ne suffit pas seulement en considération de l'autonomie de la volonté qu'elle ait voulu se lier : il faut encore la main-mise de la part d'autrui, de la part de celui au profit duquel elle veut s'aliéner. J'ai beau vouloir m'engager et le dire, le manifester extérieurement, rien ne pourra m'em-

pêcher par la suite de revenir sur ce que j'ai dit ; donc, en fait, ma volonté est restée libre, libre d'une liberté juridique¹. « Il n'y a qu'un fait qui puisse mettre fin à cette liberté juridique, dont la réalité consiste à pouvoir nécessairement se ressaisir et se reprendre, revenir sur ce qu'elle a voulu, et vouloir le lendemain ce qu'elle ne voulait pas la veille : c'est l'intervention d'une volonté analogue également libre et capable, qui déclare tenir pour acquis ce qu'on lui propose et s'emparer de la déclaration de volonté, telle qu'elle lui est adressée ». En cela deux forces égales se sont liées et lorsqu'une troisième force égale à chacune des deux premières voudra réagir sur l'une d'elles, elle ne pourra rien car l'autre force égale à elle et de signe contraire annihilera son action. Il nous apparaît donc que le principe de l'autonomie de la volonté, au lieu de nous entraîner vers la théorie de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté, nous conduit normalement et mathématiquement à l'engagement par concours de volonté consacré par l'art. 1108 de notre Code. Et par conséquent, ce n'est pas le principe de l'autonomie de la volonté qui sert de fondement juridique à la théorie moderne.

M. Saleilles¹ a proposé comme fondement juridique à notre théorie la conception objective de l'obligation, c'est-à-dire la conception consistant à considérer l'obligation comme un rapport de patrimoine à patrimoine. Mais, à notre avis, cela n'est qu'une conséquence de notre théorie et non son fondement, car cette théorie n'a pas de fonde-

1. Fagella, Dei periodi precontratuelli e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, dans : *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Naples, 1906 v. III, p. 271 et suiv., rapporté par R. Saleilles, *Rev. trim. du droit civil*. 1907² p. 698

1. Voyez l'étude de M. Paul Lerebours-Pigeonnière, dans l'œuvre juridique de Raymond Saleilles, p. 409.

ment juridique préexistant. En effet, notre théorie est une affirmation au même titre que déclarer la volonté libre est une affirmation. Il est impossible de démontrer juridiquement pourquoi la volonté se lie d'elle-même, tout au moins théoriquement, car dans la pratique on invoque pour ce faire les nécessités sociales et économiques. Mais du point de vue du droit ou même de la psychologie, on est obligé de déclarer : la volonté se lie par elle-même parce qu'il faut qu'il en soit ainsi.

Lorsque les rédacteurs du Code civil ont admis que la volonté était toute-puissante en matière d'obligation ils se sont appuyés sur le principe de la liberté individuelle, mais en admettant ce premier principe, ils n'ont pas cherché à justifier juridiquement pourquoi l'homme était libre ; ils l'ont affirmé, ils l'ont cru. Dans le cas qui nous occupe, il faudrait agir de même manière et déclarer que la simple manifestation de volonté oblige son auteur parce qu'il en est ainsi et ne pas en chercher la justification juridique. C'est ainsi qu'agissent les auteurs partisans de la théorie nouvelle lorsqu'ils déclarent que seules des raisons économiques et sociales la justifient. Ce que nous avons appelé une théorie se révèle ainsi dans la réalité comme étant un principe. Il nous reste alors à nous demander si ce principe peut se concilier avec celui de l'autonomie de la volonté.

Ce principe ne nie pas la toute-puissance de la volonté interne qui par son extériorisation pourra seule créer un acte juridique, mais il arrête là cette toute-puissance, et l'effet obligatoire de cet acte juridique ne peut pas, nous l'avons déjà constaté, s'expliquer par la force de la volonté. Cet effet obligatoire, il faut le reconnaître, c'est le milieu social qui le crée. La toute-puissance de la volonté s'efface

donc devant la puissance encore plus grande de l'organisation de la société, alors que, d'après le principe de l'autonomie de la volonté, l'essence obligatoire d'une obligation est la volonté, quel que soit le stade de l'obligation, avec le nouveau principe, l'essence obligatoire est le milieu social.

Malgré le principe de l'autonomie, il est nécessaire, avons-nous constaté par ailleurs, pour que la déclaration de volonté prenne une existence juridique, qu'elle ait été saisie par autrui, qu'elle ait pénétré dans le milieu social ; mais, ce n'est là qu'une conséquence du caractère social de la science juridique qui régit seulement les rapports des individus entre eux. C'est le contact avec le milieu social qui donne à la déclaration de volonté son caractère juridique et précisément alors, si la volonté de son auteur est encore toute-puissance, vis-à-vis d'elle, si l'autonomie de la volonté s'applique, ce principe est consacré dès lors et seulement à partir de ce moment comme un principe de droit. Car alors, il régit et domine un acte juridique, un élément faisant partie du domaine du droit tandis qu'auparavant, alors que la déclaration n'était pas un acte juridique, il ne s'appliquait que comme un principe de la psychologie.

Mais alors, si l'action du principe s'arrête, comme on le considère, en déclarant la promesse unilatérale obligatoire, au moment même où la déclaration devient un élément de droit pour être remplacée par l'action du milieu social, c'est en réalité qu'on chasse du domaine juridique le principe de l'autonomie de la volonté. Pour qu'un principe soit reconnu comme un principe juridique, il est avant tout nécessaire qu'il soit appliqué dans le domaine de l'activité juridique. Si on le chasse de ce domaine, cela revient à dire qu'il n'est pas consacré par le droit.

Si nous sommes arrivés logiquement au point où nous voilà, nous pouvons déclarer sans crainte que le principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté ne se concilie pas avec le principe de l'autonomie de la volonté, mais au contraire qu'il a pour effet d'en chasser l'application pour le remplacer par l'action du milieu social. Or, si nous nous souvenons d'une part que le Code civil a entièrement, et de la façon la plus absolue, consacré le principe de l'autonomie de la volonté et que d'autre part il ne nous est pas permis, quels que soient les besoins de la pratique, de créer de notre propre autorité des exceptions aux principes consacrés¹, nous concluerons alors que l'engagement par manifestation unilatérale ne peut pas trouver place dans notre Droit positif.

Nos textes de lois et nos institutions ne nous ont pas permis d'accueillir la doctrine nouvelle. Une comparaison avec les principes fondamentaux de notre droit nous a amenés à la rejeter, mais à cette démonstration, nous allons essayer d'en ajouter une autre en étudiant les conséquences que l'admission du principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté entraînerait nécessairement dans nos conceptions les plus absolues de notre droit des obligations.

Supposons le principe moderne consacré. L'obligation est créée par la seule promesse de celui qui s'oblige du fait que le milieu social s'est emparé de sa déclaration de volonté. Ainsi, sans aucune intervention de la personne destinée à en bénéficier, la promesse est devenue obligatoire et définitive, en ce sens que la volonté de son auteur ne peut ni la modifier, ni la détruire. Ainsi, il est une période de temps durant laquelle la promesse existe en dehors de tout lien

1. Voyez en ce sens, Albert Wahl, *Traité des titres aux porteurs*, p. 254.

avec une personne ; elle est détachée de la personne de son auteur et pas encore saisie par celle du futur créancier. C'est ce que Saleilles constate lorsqu'il écrit 'que « la promesse unilatérale crée une obligation qui a une valeur juridique en dehors de la personne du débiteur ' ». Admettre l'existence d'un pareil engagement qui considère l'obligation comme détachée totalement de la personne du débiteur et du créancier, c'est en même temps rejeter nécessairement la conception traditionnelle de l'obligation considérée comme un rapport de personne à personne, comme un *juris vinculum* liant la personne du débiteur à celle du créancier. Pour concevoir la force obligatoire de l'engagement par volonté unilatérale il faut, dit M. Lerebours-Pigeonnière, considérer l'obligation comme une valeur passive, ou encore, comme le disent les partisans de cette thèse, objectiver l'obligation.

La thèse consiste à soutenir que l'obligation doit être conçue comme un élément de patrimoine et se rapprocher des droits réels. L'obligation devient une véritable valeur économique¹. Cela résulte de ceci que, dans la majorité des cas, la promesse d'un service volontaire peut engager indifféremment n'importe qui au profit de n'importe qui, et n'importe quel débiteur au profit de n'importe quel créancier. La démonstration doit donc porter sur deux termes : d'abord indifférence possible de la personnalité du débiteur, ensuite indétermination possible de la personnalité du créancier.

Objectiver l'obligation c'est la concevoir comme la dette d'un débiteur dont la personnalité importe peu. Par exem-

1. Paul Lerebours-Pigeonnière, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 409. Bonnecase, Supplément au *Traité Baudry-Lacantinerie*, sup. 5, p. 1 et suiv. ; Gaudemet, thèse, p. 19.

2. Voyez Lévy-Ullmann, *L'Obligation dans le premier quart du XX^e siècle*, cours de doctorat Paris 1927-28.

ple, mille francs doivent être payés par un individu. Ce qui importe c'est que les mille francs soient payés. La personnalité de celui qui doit remplir la prestation peut, par conséquent, être parfaitement indifférente. Ce qui a de la valeur, c'est la prestation elle-même, abstraction faite de la personnalité des individus. Ce que Saleilles appelle : « la valeur abstraite de l'obligation », c'est-à-dire abstraction faite de l'individu ¹.

C'est alors que l'on rapproche l'obligation du droit réel. L'obligation, dit-on, existe indépendamment de la personne qui s'oblige : elle a une réalité. Elle fait partie des faits et des choses qui ont une valeur, abstraction faite des individus. Intrinsèquement, un champ, une maison existent ; ils ont une valeur indépendamment de la personne qui en est propriétaire, il en est de même pour l'obligation ; une prestation à accomplir a une valeur en elle-même.

Le deuxième terme de la démonstration porte sur l'indétermination possible du créancier. Dans l'obligation, ce qui compte, dit-on, c'est la prestation à accomplir indépendamment des individus, par conséquent, la présence d'un créancier n'est pas nécessaire à l'existence de l'obligation, tout au moins au moment de sa naissance. L'obligation peut n'avoir qu'un créancier éventuel, un créancier encore indéterminé ². Et, là encore, il y a parallélisme avec le droit des biens : une chose sans maître existe avant son appropriation, bien que *res nullius*, elle existe : elle a une valeur : c'est un bien. Le jour où quelqu'un s'en emparera, il en deviendra propriétaire. Pourquoi n'existerait-il pas des obligations avant même qu'un créancier se soit révélé ?

1. Saleilles, La cession de dette, *Annales de Droit commercial*, 1890.

2. Lerebours-Pigeonnière, p. 404, *op. cit.*

A s'en tenir à la lettre de cette double démonstration, l'obligation ne devrait être considérée dans un esprit sociologique, que comme une simple valeur patrimoniale affectée d'un signe négatif ou positif. Cette conception, qui s'est fait jour dans notre pays aux environs de 1900, défendue par Saleilles¹ qui fut l'animateur de toutes les théories nouvelles de cette époque, n'a pas rencontré une grande faveur doctrinale et a subi dans la pratique le plus complet des échecs. Il n'y a rien en cela de surprenant, car cette conception objective venait par trop heurter ce qui est considéré, en matière d'obligations et dans les Droits latins, comme la vérité juridique. Vérité qui après avoir étayé le Droit romain doit normalement servir de base à notre Droit.

Les partisans eux-mêmes de cette conception, ont bien compris qu'on n'effacerait pas d'un trait de plume ce que la tradition avait consacré pendant des siècles. Aussi, Saleilles reconnaissait volontiers « qu'il y aurait puérilité à nier que le Code civil ait conçu l'obligation autrement que comme un droit attaché à la personne du débiteur² ».

M. Lévy-Ullmann³ cite tout d'abord en faveur de la thèse une institution de notre Droit révolutionnaire : la cédule hypothécaire, qui permettait à un propriétaire de prendre hypothèque sur son propre bien, moyennant quoi on lui donnait une cédule hypothécaire qui matérialisait cette hypothèque sous la forme d'un titre en papier. En escomptant ce titre, il pouvait se procurer du crédit. Les assignats n'étaient pas autre chose, du reste, que des cédules hypothécaires sur les biens nationaux. Cette opération faisait naître un droit, alors que son titulaire n'existait pas encore

1. Saleilles, *Obligation*, n° 81.

2. Saleilles, *De la cession de dette*, n° 40.

3. Lévy-Ullmann,, cours précité.

et pouvait même ne jamais exister. La cédula hypothécaire était un droit d'hypothèque sans créancier, une obligation objectivée. Il semblerait, par conséquent, que la notion d'obligation objective n'était pas étrangère à nos conceptions¹. Après quoi M. Lévy-Ullmann tente de concilier la nouvelle conception avec celle de notre Code civil, en faisant appel à l'article 529 énumérant les meubles par détermination de la loi et qui considère comme tels les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat, soit sur les particuliers ; à l'article 1240 qui parle de la possession d'une créance : aux articles 1689 et suivants relatifs au transport de créance, placé au titre de la vente en enfin aux articles 2075 et 2081 sur le nantissement des meubles incorporels. Mais ensuite M. Lévy-Ullmann conclut avec une belle honnêteté scientifique : « Tout cela n'est en quelque sorte que dilettantisme », car, il est certain que, dans son esprit, notre Code civil a de l'obligation la même conception que les jurisconsultes de Rome qui la considéraient, comme un lien de droit entre le débiteur et le créancier.

Cette notion romaine de l'obligation est même si ancrée dans nos esprits que les partisans eux-mêmes de l'objectivité n'ont pas pu s'en affranchir totalement². M. Lerebours-Pigeonnière écrit : « Affirmer qu'une dette est susceptible d'une valeur abstraite, ce n'est donc pas prétendre qu'elle ait une existence indépendante de la personne du débiteur, c'est uniquement considérer que l'objet particulier de l'engagement caractérise beaucoup plus la dette que la per-

1. Les Allemands ont repris cette institution (art. 1163 de leur Code) sous le nom de « *Eigentümerhypothek* », (hypothèque du propriétaire).¹

2. Lerebours-Pigeonnière, *L'œuvre juridique de R. Saleilles*, p. 403.

sonne particulière du débiteur. « Si la personne du débiteur ne particularise pas la dette, encore faut-il un débiteur déterminé pour que la dette existe ». Ainsi l'obligation resterait personnelle du côté du débiteur. Et Saleilles lui-même ne peut s'empêcher de considérer que ce qui reste au fond de l'obligation, son essence même, c'est l'exécution volontaire, l'engagement pris par une personne de remplir un devoir, d'accomplir un service, d'être responsable en cas d'inexécution ».

On peut se demander quelles sont les raisons qui ont poussé ce jurisconsulte à renier la tradition antique, pour Saleilles, ce sont les besoins de la pratique réclamant une obligation qui puisse circuler plus facilement. Grâce à cette conception, on pourrait admettre le principe nouveau de l'engagement par manifestation unilatérale et admettre une nouvelle institution : la cession de dette.

La cession de dette serait à notre avis le seul bénéfice actif que nous pourrions retirer de l'adoption de cette nouvelle conception, puisque nous avons déjà consacré par notre droit positif ces institutions, qui ne semblent s'expliquer que par la déclaration unilatérale de volonté. Remplacer la personne d'un débiteur par celle d'un autre ne peut se faire sans détruire le premier rapport de droit pour en créer un second. Si l'obligation primitive subsiste, alors que le rapport de droit est détruit, c'est que l'obligation a une valeur indépendante des personnes qui l'ont créée et par conséquent une pareille opération n'est possible que si l'obligation est objective ¹.

1. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898 ; Saleilles, *Obligation* n° 81 et 105 et suiv. et de la cession de dettes précitée ; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, n° 394 et suiv.

Au point de vue pratique, et eu égard au caractère objectif de l'obligation, la cession de dette devrait libérer l'ancien débiteur *primus*, pour lier le second *secundus*, par une simple convention intervenant entre *primus* et *secundus*. Mais équitablement, le créancier doit intervenir dans l'opération : toute objective que soit l'obligation, il n'est pas indifférent d'avoir tel créancier à la place de tel autre ; et pour que l'opération soit valable il devra nécessairement donner son avis. En Droit allemand, malgré tous les efforts tentés pour permettre avec la plus grande facilité la cession de dette¹, le créancier doit néanmoins donner son adhésion à la convention (art. 415 al. 1) ; jusque là, elle ne lui est pas opposable, elle n'existe pas pour lui. Ainsi, malgré que l'obligation soit abstraite de la personne de ses auteurs, il n'en reste pas moins qu'ils doivent intervenir tous les deux pour que la dette puisse peser sur un autre débiteur. L'obligation n'est donc objective que par la permanence des accessoires et la persistance des exceptions. Cela lui donne un double caractère : objectif en tant qu'indépendante de sa cause, personnel, puisque les sujets actifs et passifs interviennent dans l'opération de cession qui apparaît alors comme une convention à trois termes. C'est pour cela qu'au point de vue pratique, notre vieille institution de la novation par changement de débiteur réalise les mêmes avantages². C'est si vrai que les législateurs modernes qui ont opté pour la cession de dette, ont en même temps supprimé la novation de leur droit. Mais en réalité, alors, la conception nouvelle de l'obligation aurait pour tout bénéfice de nous permettre de donner une dénomination nouvelle à une opération depuis toujours consacrée.

1. Gaudemet, *op. cit.*, p. 12.

2. Planiol et Ripert, n° 530, tome II, 10^e éd.

Ce résultat n'était pas imprévisible si la cession de dette était nécessaire, avec un droit proclamant la liberté des conventions, la pratique devait normalement trouver le moyen de réaliser l'opération¹.

Quant à l'utilité pratique qui résulterait de l'objectivité relativement à la facilité de circuler qu'y trouverait l'obligation, M. Bonnecase² la nie catégoriquement, déclarant qu'en sa qualité de praticien, il ne peut s'expliquer pour quoi l'obligation deviendrait plus facilement transmissible sous son aspect objectif que sous son aspect traditionnel.

Sur le terrain de la doctrine, de graves objections ont été faites à la nouvelle conception et, tout d'abord, c'est son assimilation de l'obligation par le droit réel qui a paru critiquable : « On part, dit M. Bonnecase³, de l'idée d'ailleurs juste que l'obligation donne un droit sur les biens, sur le patrimoine du débiteur, et on en arrive insensiblement à écrire que l'obligation est un droit réel indéterminé quant à l'objet matériel sur lequel il porte, ou un droit réel sur une chose de genre ou une chose future, c'est-à-dire qu'on fausse à la fois la conception de l'obligation et celle du droit réel ».

Cette conception ruine la conception romaine ajoute-t-on car, soutenir qu'un sujet passif n'est pas nécessaire à l'obligation c'est détruire l'idée même de rapport juridique⁴. Si l'obligation est due, par les biens ou par le patrimoine non par la personne, comment expliquer que l'obligation subsiste quand l'individu n'a aucun bien, et qu'elle puisse être ensuite exécutée quand il en aura acquis. « Le droit pénal fonctionne contre les pauvres. »⁴

1. Gaudemet, thèse, n^{os} 354 et 357, p. 46 et suiv. En sens contraire, Laurent, t. XXV, n^o 211.

2. Bonnecase, supp. II, n^o 401, p. 480.

3. Bonnecase, t. V, p. 27 et 28.

4. Demogue, *sd. cit.*, p. 401.

« L'objet de l'obligation, ce n'est pas le patrimoine du débiteur, ni dans le droit moderne sa personne, mais la prestation à fournir (faits ou abstention) par le sujet passif. La contrainte par corps, l'exécution sur les biens interviennent seulement comme des sanctions. L'obligation reste donc un rapport de personne à personne bien que l'individualité de la personne importe peu en droit moderne ».

Le débat a été transporté, au cours de ces dernières années, sur un terrain nouveau, sur le terrain de la morale. Après avoir démontré l'influence prépondérante et constante exercée par la règle morale sur le droit des obligations, M. Georges Ripert, dans sa conclusion, a prononcé le réquisitoire définitif de l'obligation objective¹ : « La thèse de l'obligation objective, écrit-il, fait disparaître le sujet actif et le sujet passif de l'obligation, et elle apparaît comme un rapport de patrimoine à patrimoine, les créanciers et le débiteur n'étant que les représentants de ces patrimoines dont l'un s'enrichirait et l'autre s'appauvrirait ». Si l'on fait disparaître l'homme des rapports obligatoires toute la technique et la notion de l'obligation se trouvent changées et l'on peut imaginer alors, comme l'ont fait les techniciens partisans de cette thèse, des obligations séparées de leur cause ; des actes abstraits ; des contrats valables par eux-mêmes, malgré l'immoralité de leurs motifs ; des droits valablement exercés, même pour des fins illicites ; des responsabilités sans faute ; des rétablissements d'équilibre entre les patrimoines. L'obligation objectivée devient une véritable monnaie d'échange, capable de payer le bien comme le mal.

1. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations*, n° 203, p. 380 de la 1^{re} édition.

« Malgré toutes ces constructions doctrinales, poursuit M. Ripert, notre droit est resté fidèle à la vieille loi morale. La jurisprudence n'a accepté les constructions nouvelles que dans la nécessité où elles pouvaient l'aider à réaliser plus complètement l'idée de justice et ainsi, tout l'appareil scientifique n'a pu nuire à notre droit des obligations ».

Cette première conséquence du principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté, relative à la conception de l'obligation a été repoussée et doit être rejetée, dirons-nous, comme contraire à l'esprit de notre droit. Si nous faisons la même constatation en ce qui concerne la répercussion de ce principe moderne sur notre notion du contrat, nous pourrions alors, sans hésitation possible, déclarer ce principe absolument incompatible avec notre droit actuel.

La théorie classique veut que l'obligation contractuelle naisse de la réunion de deux déclarations de volonté concordantes, dont l'une est l'offre et l'autre l'acceptation. Mais ces deux déclarations n'ont, considérées individuellement, et avant qu'elles aient concouru, aucune influence créatrice en la matière. Larombière¹, approuvé par une doctrine unanime en son temps, quasi-unanime aujourd'hui, exprimait cette idée avec une force toute particulière : « Toute convention commence par la proposition, elle s'achève par l'acceptation. Supprimez l'un de ces termes et vous n'aurez absolument rien. Une offre inacceptée et un acte stérile impuissant à transférer aucun droit, et une acceptation sans offre préalable est une chose impossible, absurde, qui ne répond à rien ».

1. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, p. 6.

Si le principe de l'obligation, naissant d'une manifestation unilatérale est admis, chacune des deux déclarations de volonté doit être considérée comme obligatoire en elle-même et on en arrive normalement à diviser ce tout que formait le contrat dans la théorie classique, en deux éléments indépendants : l'engagement de l'offrant et l'engagement de l'acceptant. Or, ces deux engagements, chacun obligatoire, doivent avoir chacun une existence juridique distincte. L'offre et l'acceptation exigeront chacune un consentement et une certaine capacité de la part de celui qui le fait, et chacune produira une obligation ayant sa date propre. En un mot, l'offre et l'acceptation auront peut-être une vie juridique parallèle, mais non plus concordante. Mais alors si nous considérons le contrat, nous constatons qu'il n'est autre chose que la somme de deux déclarations de volonté considérées isolément, chacune ayant son effet propre et suffisant à lier son auteur¹.

Nous sommes entraînés bien loin de la conception de notre Code civil, qui considère le contrat non comme la somme de deux déclarations de volonté, mais comme leur fusion en une seule obligation : l'obligation contractuelle. Où nous trouvons un élément, nous en trouvons deux. C'est-à-dire, en réalité, que le contrat doit être considéré comme une conception aussi archaïque qu'irrégulière. Si l'on va au fond des choses, écrit M. Duguit², on aperçoit, au cas de contrat, deux actes de volonté : la volonté de créer un effet

1. Worms, thèse, p. 94.

2. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, t. I, p. 183 et 184. Comparer ce raisonnement avec l'affirmation de M. Tarde dans les transformations du droit, Paris, 1893, p. 123 : « La vérité est que toute obligation, contractuelle ou non, découle avant tout d'une haute et profonde volonté unilatérale, celle du Maître, soit du Maître héréditaire et semi-divin, soit du Maître élu et profane qui légifère comme bon lui semble. C'est là l'unique origine des obligations formées sans contrat.

Quant aux obligations conventionnelles, elles dérivent d'abord de cette

de droit, la volonté de faire un contrat, c'est-à-dire de manifester sa volonté juridique par ce fait qui s'appelle le contrat et qui se caractérise par cela que les deux volontés se provoquent réciproquement. » Et M. Duguit insiste bien sur cette idée que le contrat n'est qu'un fait. « Le contrat, continue-t-il, est une forme de la manifestation de la volonté juridique, mais la force génératrice du droit n'est pas là ; elle est dans chaque volonté individuelle qui veut produire un effet juridique. Cela est si vrai que les représentants de la théorie traditionnelle sont bien obligés d'admettre que les consentements une fois échangés, chaque volonté vaut par elle-même, produit les effets de droit qu'elle a voulus, bien que l'autre, pour une cause quelconque demeure impuissante à les produire. » « Il y a une situation juridique subjective dans laquelle il y a un pouvoir et un devoir juridiques. Mais ne dites pas qu'il y ait un rapport entre le sujet qui doit et le sujet qui peut. La situation est à la fois plus complexe et plus simple. Plus complexe parce qu'il n'y a pas seulement un sujet qui doit et un sujet qui peut, mais que toutes les volontés individuelles particulières et gouvernantes sont atteintes par l'acte de volonté individuelle qui crée la situation subjective. Plus simple, parce qu'il n'y a point à rechercher où sont les sujets de ce rapport qui n'existe pas. »

Voilà nettement démontré que le principe de l'engagement unilatéral est incompatible avec la notion du contrat, sinon avec le mot, du moins avec ce que le Code de 1804 considère juridiquement comme tel.

grande volonté unilatérale qui se nomme autorité publique et ensuite de la petite volonté unilatérale de chacun des contractants qui, à l'image de ce commandement extérieur et supérieur, et d'ailleurs conformément à la latitude qu'il leur laisse, se commande à elle-même, à la fois maîtresse et sujette, et se commande l'obéissance au commandement de l'autre. »

Si l'on rejette la notion du contrat pour considérer que ce que l'on appelait l'obligation contractuelle n'est que le résultat de la force obligatoire de deux déclarations de volonté distinctes s'étant liées séparément. Comme, d'autre part, nous n'avons pas reconnu au principe de l'autonomie de la volonté la faculté de justifier la force obligatoire d'une simple promesse et qu'au contraire nous avons considéré cet effet obligatoire comme lui étant donné par une certaine action du milieu social, nous sommes obligés de conclure que la force obligatoire du contrat est remplacée par une obligation imposée par le milieu social. On en arrivera ainsi à considérer comme obligatoires, au nom de la volonté, des conventions qui ne seront rien moins que volontaires. C'est ce que nous avons déjà constaté en examinant certains exemples d'obligation par volonté unilatérale, que nous avons considérées, quant à nous, comme des obligations légales. Plus logiquement, M. Duguit¹ considère, après avoir chassé la vieille notion du contrat que la force obligatoire de la déclaration, que son effet juridique dépend du droit naturel ou de la loi. « Ce n'est pas la volonté du sujet, dit-il, qui produit l'effet de droit, mais le droit objectif, remarque-t-il cependant, n'a jamais attaché un effet de droit à un acte -juridique que lorsqu'il y avait dans l'esprit du sujet l'intention que l'effet de droit suivît l'accomplissement d'un certain acte extérieur. » Il semblerait que l'intention soit l'équivalent de la volonté, mais M. Duguit s'en défend. « La volonté, dit-il, est productrice d'un mouvement corporel du sujet : déclaration, tradition ou tout autre acte matériel, mais voilà tout ; c'est le droit objectif qui rattache un certain effet de droit à ce mouvement corporel volontaire d'un sujet fait avec l'intention que l'effet de droit se produira.

1. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, t. I, p. 34, p. 351.

» Comment prouver l'intention ? Si c'est par des faits extérieurs, elle n'a aucune importance ; si c'est par une analyse de volonté, nous retombons dans les errements du « faux dogme de l'autonomie de la volonté. » Par conséquent, ce qui crée l'acte juridique c'est, pour M. Duguit, un certain fait matériel, et les conséquences qu'y apportent la loi ou le droit naturel.

La volonté n'est pas un facteur si facile à éliminer, et nous la voyons réapparaître dans la théorie de M. Duguit, sous la forme d'un acte d'intelligence, qui ne serait pas la volition, mais la conception de l'étendue de la situation juridique que son acte fera naître. Mais quelle différence y a-t-il entre la volonté d'un individu qui peut réaliser un certain effet juridique et celle de celui qui, connaissant l'étendue de la situation juridique que produira son geste, accomplit ce geste ? Pour que la théorie soit parfaite, il ne faudrait pas exiger cet acte d'intelligence, et considérer que la volonté n'est qu'un accessoire de l'acte juridique, se composant d'une activité et de l'interprétation sociale de cette activité.

Le principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté ayant pour conséquence de faire de l'obligation un rapport de patrimoine à patrimoine, devait nous amener à présumer que la volonté serait chassée du domaine du droit. Car, comme le remarque M. Ripert ¹, avec la notion d'obligation objective, « l'homme disparaissait et, ce qui importait de lui, c'était la déclaration de volonté séparée du consentement réel et le fait extérieur, séparé de la volonté qui l'avait créé ». L'homme disparaissant du rapport obligatoire, la volonté qui, précisément, rattache

1. Georges Ripert, *La règle morale*, n° 203, p. 380, éd. 1925.

l'obligation à l'homme devait s'effacer à son tour. Nul ne l'a si nettement exprimé que Vivante¹ qui écrit : « Le souscripteur d'un titre de crédit doit en répondre, encore que le titre entre dans la circulation contre sa volonté, comme dans le cas de billets de banque ou de titres fonciers sous-traités dans leur envoi, aux fins d'émission, du siège principal aux succursales de l'établissement émetteur, comme dans le cas de coupons d'intérêt ou de dividendes remboursés qui ont été remis abusivement en circulation, tandis qu'ils auraient dû être perforés et annulés. Et il n'est pas douteux que demeure obligé même celui qui a souscrit le titre par jeu, pour en faire un modèle d'école ou celui qui, par erreur, y a apposé sa signature comme débiteur, en ayant l'intention de signer comme témoin, ou pour donner quittance. Dans tous ces cas, le fondement de l'obligation est le même : la déclaration unilatérale de volonté faite sur le titre de crédit.

De pareilles conséquences suffisent à consolider notre raisonnement et nous pouvons à présent, il nous semble, conclure sans appréhension que si notre Code n'a pu prévoir la doctrine de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté et la condamner, du moins les principes qu'il a consacrés, en ce qui concerne la notion d'obligation et de contrat, et relativement au rôle de la volonté dans la création des obligations juridiques, suffisent amplement à repousser de notre droit cette doctrine nouvelle.

1. Vivante, *Traité de droit commercial*, Trad. Escarra, t. III, n° 967, p. 198, et la citation de Jacobi en note.

II^e SECTION. — L'ENGAGEMENT PAR MANIFESTATION
UNILATÉRALE DE VOLONTÉ ENVISAGÉ AU POINT DE VUE
DE SES CONSÉQUENCES PRATIQUES

Malgré toutes les objections que soulève l'admission du principe de l'engagement par volonté unilatérale, il a cependant trouvé en France de nombreux défenseurs parmi nos jurisconsultes¹, dont certains n'hésitent pas à reconnaître, il est vrai, que seules les nécessités économiques et sociales justifient cette admission. C'est pourquoi, venant de repousser le principe nouveau comme étant en contradiction avec le fondement de notre droit, nous nous demandons si, eu égard aux avantages qu'il apporterait à la pratique des affaires, il ne convient pas d'abandonner nos vieux principes pour faire logiquement place à ce principe nouveau.

Sur le terrain de la pratique, l'engagement par volonté unilatérale nous permet de justifier la promesse de récompense, la stipulation pour autrui (et spécialement la stipulation pour autrui au profit des personnes futures), le mécanisme des titres de crédit et des titres au porteur, et la cession de dette. Enfin, elle nous permet de remplacer l'offre de contrat, fragile, par une offre nouvelle, solide et persistante, répondant aux désirs les plus chers du commerce intérieur et du commerce international.

Au fond, à notre avis, l'offre persistante et solide serait le seul changement apporté à notre activité juridique par la théorie nouvelle. En effet, la stipulation pour autrui est, dans notre droit, d'une application courante. Une loi récente sur les assurances, en date du 30 juillet 1930, vient de la valider en faveur des personnes futures.

1. Saleilles, *Obligation*, n° 142. ; Colin-Capitant, p. 271, t. II ; Gény, *Méthode*, n° 172 bis, t. II ; Baudry-Lacantinerie et Barde, n° 28, p. 36, t. I, éd. 1906.

La promesse de récompense a été valablement sanctionnée par un arrêt de la Cour de Turin, en date du 3 août 1810, seul de son espèce à notre connaissance. Quant aux titres au porteur et aux titres de crédit, ils sont de pratique courante et la cession de dette elle-même est remplacée par la novation par changement de débiteur qui peut conduire au même résultat. Donc le seul changement pratique serait apporté par le changement de caractère de l'offre devenant obligatoire par elle-même.

Mais si nous nous engageons sur ce terrain, nous serons immédiatement arrêtés au nom de la pratique des affaires et des exigences du commerce qui viendront étroitement limiter l'application de notre principe, car, s'il peut être utile à la pratique dans certaines hypothèses, de considérer comme étant obligatoire une déclaration de volonté, dans de nombreuses autres cela peut se révéler nuisible et voire dangereux, et les partisans de la nouvelle thèse n'ont pas hésité à le reconnaître. « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté ne doit être admis, en législation, que dans des hypothèses exceptionnelles, et en vertu de dispositions spéciales de la loi. Sinon, il devient impossible de distinguer l'engagement ferme créateur de droit de la promesse faite à la légère qui doit rester sans effet juridique. » M. Gény² exprime la même idée en déclarant : « Il sera fort difficile et non sans péril de savoir à quoi s'en tenir. Même en présence d'une volonté paraissant incontestable, et pour en évaluer la puissance juridique, il faudra se demander s'il existe un intérêt social véritable à la tenir pour obligatoire en elle-même et, avant que l'adhésion de celui à qui elle doit profiter soit venue s'y ajouter pour

1. Gaudemet, thèse, p. 343.

2. Gény, *Méthode*, 1^{er} éd., p. 164.

la fixer en un contrat proprement dit. Ceci s'établira par un examen des avantages moraux, politiques, économiques et sociaux. »

Saleilles lui-même approuve cette idée¹ : « Je suis loin de prétendre, dit-il, en ce qui me concerne, que toute offre quelles que soient les circonstances qui aient présidé à son émission et, d'une façon générale, que toute déclaration de volonté une fois adressée à celui qu'elle vise, doive forcément par sa nature même être considérée comme irrévocable pendant un certain délai d'usage, indépendamment de tout engagement exprès de la part de son auteur. »

C'est avec le même esprit que les législations modernes ont consacré le principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté. Nous prendrons, pour exemple, le Code civil allemand et le Code suisse des obligations, car les autres Codes étrangers qui ont admis les notions nouvelles n'ont fait que copier ces deux législations.

Le Code civil allemand et le Code suisse des obligations admettent tous deux que dans certains cas la manifestation unilatérale de volonté puisse produire des obligations. Néanmoins, c'est le principe opposé, le principe du concours de volonté que le Code allemand pose en règle générale. L'article 305 édicte : « Sauf disposition contraire de la loi, un contrat est nécessaire entre les parties intéressées pour l'établissement d'une obligation par acte juridique. » Le Code suisse adopte la même solution. Mais le Code allemand reconnaît quatre exceptions aux principes : la fondation, l'offre de contracter, la promesse de récompense et les titres au porteur.

1. Saleilles, De la responsabilité contractuelle, *Rev. trim.*, 1907, p. 698.

Les articles 80 et suivants du Bürgerliche Gesetzbuch déclarent que celui qui promet de créer une fondation est obligé.

Les articles 145 et suivants du Code allemand traitent de l'offre de contracter. Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié par son offre à moins qu'il n'ait fait une stipulation contraire. Enfin, pour que l'offre soit obligatoire, elle doit énumérer tous les points du contrat : l'objet et le prix, s'il s'agit par exemple d'une vente. De plus, si le droit allemand reconnaît que l'offre peut être la source d'une obligation, il en limite tout de suite les effets dans le temps. L'irrévocabilité de l'offre, édictent les articles 147 à 149, est temporaire. Sa durée dans le temps sera le délai nécessaire à l'acceptation. Cela est nécessaire pour ne pas troubler les rapports commerciaux. Le Code allemand apporte encore une limitation à ce système dans le cas où l'offre est faite à une personne présente. Elle doit être acceptée aussitôt.

Ce système entraîne pour conséquences que, dans l'hypothèse de contrat entre absents, si pendant un certain délai le pollicitant meurt ou devient incapable, l'offre subsiste quand même.

Le Code suisse des obligations, dans ses articles 3 à 7, avait édicté des dispositions analogues.

La troisième application de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté est consacrée dans les articles 557 à 561 du Code civil allemand réglementant la promesse de récompense. « Quiconque par annonce publique alloue une prime pour l'accomplissement d'un fait, spécialement pour l'obtention d'un résultat, est obligé d'acquitter la récompense à celui qui a accompli le fait, alors même que celui-ci n'aurait pas agi en considération de la promesse de

récompense. » Dans les articles suivants, le Code allemand stipule que cependant le promettant pourra toujours se rétracter jusqu'à l'accomplissement de la promesse, cela parce que la promesse de récompense est une déclaration à personne indéterminée. Mais pour que la révocation soit valable, elle doit être faite dans la même forme que la promesse. Malgré cela, si le promettant meurt ou devient incapable, la promesse subsiste et les héritiers seront liés, toute réserve faite cependant sur leur droit de rétractation qu'ils peuvent exercer dans les mêmes conditions que le défunt ou l'incapable.

Enfin, en ce qui concerne les titres au porteur, le Code civil allemand considère, dans ses articles 793 et suivants, qu'il y a une promesse unilatérale de payer à l'échéance une somme déterminée au porteur du titre. La volonté de s'engager constatée par le titre et signée ne peut plus être révoquée dès l'instant où la signature a été apposée. La doctrine allemande considère que le souscripteur s'est engagé envers le titre même¹.

Enfin, la dernière codification relative au droit des obligations : le projet de Code des obligations et des contrats franco-italien décide, dans son article 60 « que la promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse ».

« Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence de l'obligation. »

1. Wahl, *op. cit.*

Cet article consacre incontestablement le principe de l'engagement par manifestation unilatérale et ce serait une belle victoire pour la doctrine nouvelle si, dans une dernière phrase mise entre parenthèses, le législateur franco-italien n'était venu restreindre quasi-totalement l'application pratique de cet article, réserve faite, dit-il, pour les donations, offres au public et promesses de récompenses.

Ainsi, la doctrine et le législateur se sont rencontrés sur le terrain de la pratique pour ne consacrer le principe de la volonté unilatérale obligatoire que dans des cas exceptionnels et pour ne lui donner, même dans ces cas, qu'une portée nettement déterminée. Si nous considérons alors, toujours sous l'angle de la pratique, les résultats consacrés, nous constatons que notre Droit connaît toutes ces solutions¹, même en ce qui concerne la théorie de l'offre, puisque le but de notre étude est précisément de chercher à expliquer comment notre jurisprudence, tout en conservant le principe traditionnel, arrive cependant sur le terrain de la pratique, à donner à l'offre une certaine valeur juridique. Il nous faut cependant apporter une réserve à notre affirmation pour les cas de décès ou d'incapacité de l'offrant. La solution du droit positif français divergerait de la solution du droit allemand. Mais, à considérer les recueils de jurisprudence, nous pouvons sans crainte prétendre que ce n'est pas là un bien grand résultat pratique. Deux espèces seulement se sont présentées relativement à ces difficultés et encore remontent-elles à des époques anciennes où la société commerciale était peu employée et où le commerce lui-même se faisait de façon bien timorée. La doctrine

1. Meynial, *op. cit.*

moderne désirerait voir ce dernier pas franchi, mais la pratique ne paraît pas être très attachée à ce résultat¹.

Ceci constaté, si nous examinons à nouveau le problème qui nous occupe et ses avantages pratiques, nous sommes obligés de constater que la principale utilité, voire la seule utilité d'admettre la possibilité d'un engagement par simple déclaration de volonté serait de nous donner une explication théorique simple, de phénomènes juridiques que nos principes traditionnels n'expliquent qu'avec une certaine complication. Mais cette explication n'est pas employée sans réticences par les partisans du principe moderne qui, après en avoir refusé une application générale sur le terrain de la pratique, apportent la même réserve sur le terrain de la théorie. Si bien, qu'après nombre d'hésitations, ils en arrivent à cette assertion : qu'il faut expliquer par la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté ce qu'il est impossible de justifier autrement². « C'est ainsi, conclut M. Gén y qu'on se trouvera amené à déclarer obligatoires, non pas toutes promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie³. » Et ce principe si large de l'engagement par volonté unilatérale qui apparaissait à M. Planiol comme devant devenir l'unique source de toute

1. Voyez cependant les arrêts du Conseil d'Etat précités déclarant que l'offre de concours à un service public n'est pas une offre qui devient caduque par la mort de son auteur. Les raisons pratiques sont dans ce cas très importantes, son retrait pouvant entraîner un déséquilibre budgétaire dans les finances communales. Mais dans l'esprit de ces arrêts il apparaît que c'est l'administration qui oblige l'offrant à maintenir son offre un certain temps, C'est-à-dire qu'il s'agit d'un usage administratif ou d'une condition « sine qua non » imposée par l'administration seule.

2 Baudry-Lacantinerie et Barde : « De notre côté, en effet, c'est seulement lorsqu'on ne peut pas expliquer autrement une disposition législative qu'on peut admettre la création d'une obligation par volonté unilatérale » t. I, p. 36.

3. Gén y, *Méthode*, 1^{re} éd. p. 164 ; Saleilles, De la responsabilité précontractuelle, *citation précitée*.

obligation fait, pour ses défenseurs, figure d'un simple pis-aller et ils en arrivent à cette conception bizarre que la volonté est, au point de vue juridique, une fois tout et une fois rien, or, par définition, l'élément psychologique n'a pas changé de caractère en ces deux cas. Il nous apparaît quant à nous bien difficile et même impossible d'admettre, que la même cause ; la déclaration de volonté en présence des mêmes éléments constitués par la société ne produise pas le même effet juridique : une obligation.

En résumé et pour conclure, nous déclarerons : que, du point de vue purement légal le principe de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté ne nous a pas paru trouver place dans nos textes que l'examen de nos institutions ne lui a pas été plus favorable et qu'enfin, l'esprit de notre droit lui a paru nettement hostile.

Abandonnant la théorie pour la pratique, lorsque nous nous sommes demandés quels avantages retirerait notre droit positif si la doctrine nouvelle était adoptée, nous avons constaté, que ces avantages seraient bien faibles et ne justifieraient pas le cahot qu'elle entraînerait dans nos conceptions et, c'est assurément la raison pour laquelle notre jurisprudence ne manque pas de déclarer lorsque l'occasion s'en présente à elle, que la simple sollicitation ne fait pas naître d'action juridique. Le seul avantage de la doctrine nouvelle serait, avons-nous dit, de remplacer par une explication simple des explications plus compliquées. Mais encore cet avantage ne justifie pas les reproches que Thaller apporte à la théorie de l'engagement par volonté unilatérale qu'il considère comme : « imprécise, illogique, contradictoire et contraire aux données sages de la sociologie ¹ ».

« Elle est illogique, dit-il, car on plaisantera tant qu'on voudra la vieille notion du « *vinculum juris* », elle est im-

1. Thaller, Nature juridique du titre de crédit, *Annales de droit commercial*, 1906, p. 5.

posée par le bon sens même. L'obligation est une force passive de contrainte, une diminution de notre liberté. Il est indispensable que cette diminution de notre personne accroisse d'une quantité égale la personne et le pouvoir agissant d'une autre.

« Elle est contradictoire, car, maître de faire naître à moi seul l'engagement, je suis maître aussi de le supprimer au moyen d'un acte contraire au premier.

« Elle est imprécise. Il n'est pas possible qu'une promesse jetée en l'air oblige celui qui l'a faite, il faut à cette dette un substratum. Comment, en effet, déterminer avec clarté son champ d'application ?

« Enfin, elle est contraire aux données sages de la sociologie. Le droit est la science sociale par excellence. Il n'y a de science sociale que par le contact des hommes. De même, que pour produire une décharge électrique, il faut le rapprochement des deux fluides, de même un rapport de droit ne se crée que par relation de deux êtres ».

A ces reproches nous en ajouterons un dernier. En l'état actuel de notre droit ce principe ne peut en aucune façon donner une explication logique, puisqu'en même temps que lui, nous consacrerions des principes qui le contredisent. C'est une affirmation que cette explication par manifestation unilatérale de volonté, tout peut être expliqué par elle, comme jadis tout était expliqué par la fiction. Autrement dit, rien n'est expliqué, car, en effet, comment comprendre que dans des circonstances semblables la volonté soit tantôt capable, tantôt incapable de se lier elle-même. Si dans certaines hypothèses on la déclare capable de se lier elle-même c'est uniquement par pure satisfaction d'esprit, et pour les besoins d'une cause, mais autant dire alors que la volonté s'est liée par une sorte de fiction de contrat avec soi-même.

CHAPITRE III

L'obligation au maintien de la déclaration de volonté considérée comme réparation d'un délit ou d'un quasi-délit

Dans notre recherche pour justifier les exceptions à la règle que la simple sollicitation ne fait pas naître d'action nous avons rejeté l'explication faisant appel à un avant contrat et celle s'appuyant sur l'engagement par manifestation unilatérale de volonté. Ainsi l'obligation résultant d'une déclaration non acceptée consacrée par la jurisprudence ne nous apparaît ni contractuelle, ni issue d'une seule volonté et le problème qui nous occupe reste encore sans solution. Il nous reste encore à examiner si cette obligation ne serait pas une obligation délictuelle obligeant l'auteur d'un dommage à le réparer.

Nous remarquerons tout d'abord que nos anciens auteurs et surtout Pothier, arrêtés par la même question n'en ont pas cherché la solution sur un autre domaine que le domaine délictuel. C'est pourquoi, imitant les rédacteurs de notre Code nous analysons dans la première section de ce chapitre la pensée de Pothier, nous demandant, si la théorie qu'il expose ne résoudrait pas notre problème ou, si du moins elle ne pourrait pas servir à l'élaboration d'une explication plus satisfaisante dont elle servirait de base.

Après quoi, dans la seconde section de ce chapitre nous essayerons de préciser quelles seraient les conséquences pratiques de la théorie élaborée.

PREMIÈRE SECTION
ESSAI D'ÉTABLIR UNE THÉORIE NOUVELLE
INSPIRÉE DES IDÉES DE POTHIER

Pothier écrivait au n° 4¹ de son *Traité des obligations* : « Celui qui a fait une promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée », et il ajoute par la suite : « Il ne peut y avoir d'obligation sans deux personnes, l'une qui ait contracté l'obligation et l'autre envers qui elle est contractée ».

Il semblerait donc que pour Pothier la déclaration de volonté ne produit aucun effet de droit jusqu'à son acceptation. Mais, dans son *Traité de la vente*² au n° 32, en étudiant la question du consentement des parties contractantes dans l'hypothèse de contrat entre absents, Pothier achève son étude de la polliciation et apporte quelques tempéraments d'« équité » à la théorie développée dans son *Traité des obligations*.

Remarquons que cette atténuation tardive est vraisemblablement la cause du silence de notre Code, relativement aux offres de contracter. En effet, en élaborant le chapitre des obligations, les rédacteurs du Code suivaient le *Traité des obligations* de Pothier et, trouvant l'énonciation de la

1. Pothier, éd. Bugnet, n° 4 et n° 124, *Obligation*.

2. Pothier, éd. Bugnet, *De la vente*, I, n° 32.

règle que seul le concours formant le contrat fait naître l'obligation, ils se sont contentés de consacrer cette règle, sans penser à aller chercher plus loin dans le *Traité de la vente*, les correctifs que Pothier jugeait utile d'y apporter au nom de l'équité¹.

Dans ce n° 32 du *Traité de la vente*, Pothier suppose un contrat passé entre lui Français habitant à Paris et un marchand de Livourne, Italien. Pothier écrit donc au marchand de Livourne une lettre dans laquelle il lui offre d'acheter des marchandises pour un certain prix. Mais, dit-il avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en écris une seconde par laquelle je lui marque que je ne veux plus de cette emplette. Supposons, autre hypothèse, qu'avant ce temps je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison. Pothier insiste alors sur le fait que ces événements : rétractation, mort ou perte de la raison se produisent avant toute acceptation de la part du marchand de Livourne. Donc, dit-il, il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de vente. En effet, quoique ce marchand de Livourne, au reçu de ma lettre ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu entre temps, aucune contrat de vente, car ma volonté n'ayant pas persisté jusqu'au temps où ce marchand a reçu ma lettre et accepté le marché qu'elle contenait, il ne s'est pas rencontré un consentement ou concours de nos volontés nécessaire pour former le contrat de vente.

Observez cependant, continue Pothier, que si ma lettre a causé quelque dépense à ce marchand pour l'exécution du marché que je lui proposais par cette lettre ou, si elle lui a occasionné quelque perte, par exemple, et si dans le temps

1. En ce sens, M. Lévy-Ullmann, cours précité.

intermédiaire entre la réception de la première et celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de la vendre avant la diminution, dans tous les dits cas, je suis tenu de l'indemniser ; si, mieux, je n'ai pas consenti au marché proposé par ma première lettre. Cette obligation, conclut Pothier, née de cette règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre. *Nemo ex alterius facto prægravari debet.*

« Même, insiste Pothier, pour la même raison d'équité, si ce marchand de Livourne au reçu de ma première lettre, avait chargé pour mon compte et avait fait partir les marchandises que je lui demandais, avant d'avoir reçu ma seconde lettre qui contenait la révocation de ce que je lui avais demandé par la première, ou dans l'ignorance où il était de de ma démente ou de ma mort qui avait empêché le marché, quoique en ce cas, il ne soit proprement intervenu nul contrat entre nous, néanmoins il sera en droit de m'obliger moi et mes héritiers à exécuter le contrat proposé par ma première lettre, non en vertu d'aucun contrat de vente, mais en vertu de l'obligation que j'ai contractée par ma lettre de l'indemniser. Obligation qui résulte de cette règle d'équité : *Nemo ex alterius facto prægravari debet.*

Dans la pensée de Pothier, il ne peut y avoir de contrat s'il n'y a pas eu concours de volonté, et l'offre de contracter reste impuissante à faire naître une obligation contractuelle si elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation. Cela ressort nettement du passage que nous venons de citer. Mais, néanmoins, cette offre essentiellement fragile a pu causer un préjudice au destinataire et il est injuste que ce préjudice ne soit pas réparé, cela choque l'équité. Aussi, Pothier, s'attachant surtout au préjudice en conclut, quelle que soit

la cause de l'anéantissement de l'offre, qu'il s'agisse de sa rétractation volontaire ou de sa caducité, le dommage causé au destinataire doit être réparé.

Pothier justifie cette explication par une règle d'équité qui nous paraît assez imprécise et vague, comparée à la fermeté avec laquelle il a consacré le principe romain que la simple pollicitation n'engage pas son auteur et qui nous apparaissait alors comme inattaquable. Il semblerait donc que cette même contradiction que nous avons cru relever dans les solutions de notre jurisprudence, nous la retrouvions chez Pothier. Quant à nous, nous croyons que Pothier n'a pas suffisamment précisé sa pensée, qui était que la simple pollicitation ne peut pas faire naître un effet juridique contractuel. Mais de ce qu'un fait ne peut engendrer une obligation contractuelle il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne puisse pas être sanctionné sur un autre terrain.

Dans notre droit, l'équité est sanctionnée dans le sens où l'entend Pothier, par les articles 1382 et suivants de notre Code civil, relatifs aux délits et aux quasi-délits. Aussi, a-t-on coutume de dire que Pothier base l'obligation de réparer le dommage causé par une déclaration de volonté sur la règle d'équité sanctionnée par l'article 1382. Cela n'est pas rigoureusement exact. L'article 1382 oblige à réparer le dommage causé à autrui par sa faute. La théorie de Pothier est nettement plus large ; il n'exige pas de faute, il ne parle que de dommage causé par son fait. En cela, la théorie nous paraît assez aventureuse car elle manque de précision et, on serait presque tenté de soutenir qu'en la matière, Pothier fait appel à la notion de risque si cette notion ne s'était pas fait jour plus d'un siècle après Pothier. Peut-être ne faut-il pas trop s'attacher au texte de Pothier et considérer que l'expression de fait est prise dans la même

acception que par l'article 1383 où elle signifie : fait fautif. Il resterait néanmoins à justifier les solutions consacrées par Pothier en cas de caducité de l'offre résultant de la mort ou de la perte de la raison. Peut-être, au contraire, a-t-il été trop grandement influencé par la notion d'équité qui faisait dire par la suite à Bigot du Préameneu, en tête de son rapport introductif au chapitre des obligations : « Il n'est besoin, pour régler ces rapports que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation. Il suffit de dissiper le nuage dont l'équité se trouve enveloppée, de faire appel à tout ce que la morale et la philosophie ont de plus sublime et de plus sacré. »

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ce point de la théorie que nous nous proposons de retenir. Car il y a, à notre avis, une idée beaucoup plus intéressante dans le raisonnement de Pothier : c'est l'idée que, bien qu'une offre n'ait en elle-même aucune valeur contractuelle, elle peut cependant produire un effet juridique obligatoire en dehors du contrat. Cela revient à déclarer que la règle romaine exprimée par Paul : *Ex nuda pollicitatione non nascit obligatio*, est une règle purement contractuelle et n'ayant application que dans le domaine des contrats. Ceci posé, on peut alors considérer que l'offre de contracter ou une quelconque déclaration de volonté, bien que nulle en matière contractuelle n'en reste pas moins un fait social, qui peut être considéré comme un délit ou un quasi-délit, s'il a été la cause de perturbations dans la vie juridique et sociale. Mais alors la contradiction que nous avons cru relever dans notre jurisprudence et dans la pensée de Pothier disparaît entiè-

rement. En se plaçant, comme le fait Pothier, sur le terrain de l'équité, ou comme paraît le faire notre jurisprudence dans le domaine du délit, il est légitime de donner des solutions sans avoir à tenir compte de la règle romaine qui reste inscrite dans le cercle des contrats.

Nous pouvons du reste invoquer en faveur de ce double aspect de la déclaration de volonté la jurisprudence relative aux offres de contracter sous forme d'annonce ou de catalogue qui, nuls de par leur caractère contraire à la morale, n'en constituent pas moins des faits susceptibles de qualifier le délit d'outrage aux bonnes mœurs.

La Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 juin 1928 a considéré que l'envoi sous bande d'un catalogue renfermant une publicité scandaleuse constitue un délit d'outrage aux mœurs alors même que l'auteur n'ait agi que dans un but de lucre ¹.

Plus récemment, un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juillet 1928 ² considère une annonce contraire aux bonnes mœurs comme caractérisant le délit d'attentat aux mœurs prévu par la loi du 2 août 1882, article premier modifié par les lois des 16 mars 1898 et 7 avril 1908.

Il convient à présent de se poser la question de savoir s'il en est ainsi dans les hypothèses où nous raisonnons, car il ne suffit pas au point de vue de notre droit positif d'affirmer, comme le fait Pothier, que l'équité exige que l'offre soit maintenue, il faut encore démontrer qu'elle constitue une faute et qu'il existe une relation de cause à effet entre

1. Cassation, 23 juin 1928, *G. P.*, 1928-2-289; *G. T.* 4 août 1928, sur arrêt de Paris 30 nov. 1927, *G. P.*, 28-1-243.

2. Cass. 22 juillet 1928, *G. P.*, 28-2-538. Voyez aussi Cass. 18 oct. 1928, *G. P.*, 28-2-730.

cette faute et le dommage causé. Après quoi, l'article 1382 pourra juridiquement être invoqué. Pour cela, revenons aux faits et analysons le mécanisme du contrat.

Les transactions débutent généralement par une phase préparatoire, où les futurs contractants discutent et échangent leurs points de vue avec l'intention très nette de ne pas se lier mais de chercher en toute liberté une solution satisfaisant leurs intérêts communs.

A un certain moment, l'une des parties déclare, quant à elle, que cette phase préparatoire est terminée ; elle entre dans une seconde phase et résume tout le travail préliminaire accompli en formulant ses propositions et en leur donnant cette fois un caractère juridique. Car, elle ne se contente pas de les formuler, comme elle a déjà pu le faire dans la phase préparatoire, elle les adresse à l'autre partie, sous la forme d'une offre de contracter. Cette fois, « c'est presque un ultimatum, en tout cas c'est un fait juridique, car l'autre partie n'a qu'à la prendre au mot et le contrat est formé¹. » Cette éventualité, l'auteur de l'offre l'a prévue et voulue, et c'est précisément ce caractère qui différencie l'offre des simples pourparlers et lui donne son caractère juridique.

« Aussi, dit M. Faggella, le droit de retirer son offre est quelque chose de grave, car le pollicitant a pris une initiative personnelle, il s'est mis à la disposition de l'autre en lui abandonnant ainsi toutes les chances de voir le contrat se former. Si ce dernier entreprend des recherches nouvelles, s'il fait des dépenses et que l'offre soit révoquée, s'il manque un marché avantageux, il en subira un préjudice. Il semblerait alors que la cause de ce pré-

1. Faggella, *Rev. trim.*, 1907, p. 638.

judice soit uniquement le retrait de l'offre et non pas l'offre elle-même comme nous l'avons soutenu. » C'est là l'opinion de M. Faggella qui conclut : « Cette fois, le lien de causalité entre le dommage réalisé et le fait dommageable de la révocation n'est plus contestable. Un lien de causalité apparaît, mais ce qu'on pourrait appeler aussi le lien de solidarité, ou le principe de responsabilité, car, il y a forcément une connexité qui s'impose entre un acte juridique dont on a pris l'initiative et les suites de cet acte qui pourraient être dommageables pour celui à qui l'acte s'adresserait. »

Remarquons tout d'abord : que cette théorie de M. Faggella soulève la même objection que celle de Pothier. Elle se base sur des notions vagues et imprécises car, il n'est pas de règle générale de notre droit accordant des dommages et intérêts à la personne qui a subi un préjudice d'un acte dont une autre personne a pris l'initiative, en l'absence de toute faute de cette dernière. Si nous supposons que primus ait pris l'initiative d'un marché passé avec secundus, et que par la suite ce marché se révèle désastreux pour secundus, si, par hypothèse, les opérations ont été passées en toute honnêteté, secundus n'aura droit à aucune indemnité. Aussi, dans le cas étudié par M. Faggella, il faudrait auparavant démontrer que sa rétractation est fautive.

Si nous considérons les effets de la rétractation, nous constaterons qu'elle ne fait pas disparaître l'offre en tant que fait social, mais seulement en tant qu'élément capable de s'incorporer à un contrat. C'est-à-dire que les faits qui constituaient l'offre de contracter peuvent continuer de produire des effets sociaux et même juridiques, s'il y a lieu, alors que, de par la rétractation de l'offre, ces mêmes

faits sociaux ne peuvent plus produire d'effets contractuels. En un mot, les faits ayant constitué l'offre lui survivent mais ils ne permettent plus à celui qui les a reçus de s'en prévaloir pour conclure le contrat escompté.

De plus, si nous rappelons que nous avons considéré la règle de la libre rétractation de l'offre comme étant un corollaire de la règle de Paul sur la fragilité de l'offre, comme cette dernière nous apparaît être purement contractuelle, son corollaire doit être lui-même une règle ne s'appliquant que dans le domaine du contrat.

Or, nous avons vu qu'en fait, la rétractation faisait disparaître le caractère contractuel de l'offre et celui-là seulement. Par conséquent, cette rétractation n'étant qu'une application d'une règle de droit consacrée, nous apparaît comme parfaitement légitime et comme le légitime exercice d'un droit¹. Ce qui fait que si nous voulons considérer cette rétractation comme une faute, il nous faut antérieurement rejeter la règle romaine et considérer l'offre comme ayant une valeur juridique contractuelle en elle-même. Sinon, nous nous heurtons à l'adage : *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*².

Pour éviter cette objection et pour justifier le maintien obligatoire de l'offre, certains jurisconsultes ont fait appel à la notion d'abus de droit. Et ils considèrent qu'il y a dans ces hypothèses un usage abusif du droit de ne pas contracter. C'est ainsi, écrit M. Jossérand³ que : « A supposer que l'offre ne soit pas obligatoire, son retrait est susceptible

1. Meynial, La déclaration de Volonté, *Rev. trim.*, 1902, p. 145 et suiv. : « Comment rendre l'offrant responsable d'un dommage qu'il a causé par le simple exercice d'un droit ? »

2. Gaius, *Dig.*, l. 50, t. 13-55.

3. Jossérand, *Cours de droit civil positif*, 1930, t. II, n° 49 ; Jossérand, *De l'esprit des droits et de la relativité*, 1927, n° 86 et suiv., p. 118 ; Demogue, 2, n° 546 et suiv.

d'engager la responsabilité du pollicitant lorsqu'il est injustifié, lorsqu'il ne s'appuie pas sur un motif légitime. On ne veut pas qu'après avoir annoncé le contrat et avoir fait naître un espoir légitime chez le destinataire, le pollicitant puisse se repentir discrétionnairement : il commettrait alors un abus du droit de ne pas contracter, sanctionné par des dommages et intérêts.

M. Georges Ripert a critiqué cette conception¹. « Il n'y aurait, déclare-t-il abus du droit de ne pas contracter, que si une personne avait le devoir de contracter, par exemple si elle avait fait des offres au public ; mais alors il n'y a plus de droit de ne pas contracter, il n'est plus besoin de parler d'abus. » « Enfin, ajoute-t-il, pour répondre aux arguments tirés de la jurisprudence condamnant certains patrons à payer une indemnité à certains syndicats pour avoir systématiquement refusé d'employer les ouvriers qui y étaient affiliés : « Dans le cas où on a cru relever l'abus du droit de ne pas contracter il y avait une faute précise commise envers un tiers et non envers celui qui voulait contracter. »

M. Jossérand a répondu à cette argumentation : « Nous ne pensons pas que ce dilemme soit fondé ; d'une part, l'émission d'une offre peut fort bien ne point placer le pollicitant dans un état de réceptivité contractuelle intégrale ; seules les offres complètes, précises, confectionnées en série, le mettent en telle posture à l'exception des offres collectives et vagues destinées à se préciser sur mesure au cours des tractations individuelles. »

1. Georges Ripert, *La règle morale*, éd. 1925, n° 100, p. 169 ; *Rev. Critique*, 1930, étude sur l'ouvrage de M. Jossérand précité.

« D'autre part, il est parfaitement possible et il arrive que le refus de contracter nuise à la personne qui désiretrait traiter et qui prend l'initiative d'une demande en dommages et intérêts¹. »

Ces deux réponses ne détruisent pas, à notre avis, le dilemme attaqué. Dans le premier cas, le fait de faire des offres vagues et imprécises démontre nettement à quiconque que leur auteur n'a pas voulu se lier et qu'il entend garder toute sa liberté de ne pas contracter. Dans ce cas les tiers sont avertis et ils ne peuvent pas prétendre, lorsque l'auteur rétracte ses offres, qu'il a abusé de son droit. Quant au second cas envisagé, il suppose que la personne lésée par la rétractation de l'offre avait non seulement le désir mais encore l'espoir légitime qu'elle pourrait contracter ; il faudrait pour cela que l'auteur de l'offre ait, vis-à-vis d'elle, le devoir de contracter. Ainsi, pour justifier les hypothèses contenues dans ces deux réponses, on revient dans le cadre de celles envisagées par M. Ripert. Enfin, pour admettre l'abus de droit en notre matière, il faudrait démontrer que la rétractation a eu pour but de nuire à autrui et même qu'elle n'a eu que ce but². Or, dans nombre de cas, le pollicitant rétracte son offre pour éviter de se nuire à lui-même, ou pour réaliser un plus grand profit, et il est assez rare qu'il le fasse avec l'unique intention de nuire à autrui. Si l'on veut, malgré ce, obliger de réparer le dommage causé en cas de retrait d'une offre de contrat sans intention de nuire, il faudra nécessairement

1. Jossierand, *De l'esprit des droits*, 1927, n° 93, p. 127.

2. Saleilles, *De l'abus des droits*, *Bull. de la Sté des études législatives*, 1905, p. 325 ; G. Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, *Rev. critique*, 1905, p. 352. *La règle morale*, 2^e éd., 1927, n° 89 et suiv. Etude sur l'ouvrage de M. Jossierand, *De la relativité*, *Rev. crit.* 1930 ; Planiol et Ripert, 10^e éd., n° 871, p. 299 ; Jossierand, *De l'abus de droit*, 1905 ; Demogue, *Obligation*, t. 4, n° 634 et suiv. p. 316 et suiv. ; Bonnecase, *supp.* III, n° 187 et suiv., Duguît, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., I, p. 173.

limiter ces réparations aux cas de rétractations injustifiées, car on ne peut pas invoquer l'exercice abusif d'un droit lorsqu'il est exercé dans un but légitime, et cependant, il n'en faudra pas moins élargir considérablement la notion d'abus de droit qui deviendra, en l'occurrence, l'exercice injustifié du droit de rétracter une offre de contrat, indépendamment de toute intention de nuire. Un pareil élargissement du champ d'application de l'abus de droit ne nous apparaît pas sans danger pour notre liberté dans l'exercice de nos droits.

Nous clôturons là ces développements car, à notre avis, ce n'est pas dans la rétractation qu'il faut chercher la faute et la source du dommage, mais dans la déclaration de volonté elle-même.

Lorsqu'un individu rétracte une offre, il ne fait en réalité que déclarer que sa manifestation de volonté qui paraissait exprimer une volonté sérieuse et définitive de contracter, c'est-à-dire qui se présentait sous la forme d'une déclaration de volonté au sens technique du terme, n'exprimait en vérité qu'une volonté peu sérieuse et non encore définitivement résolue. Et, si la déclaration de volonté ne peut plus après sa rétractation donner naissance à un contrat, c'est que précisément son élément interne, la volonté, lui fait défaut, ou ne présente pas les qualités nécessaires pour être considérée comme une volonté juridique. Ainsi la faute ne peut pas être constituée par la rétractation qui a pour seul but de faire connaître la qualité intrinsèque de la volonté. Elle n'est en quelque sorte qu'un aveu ; or, si l'aveu fait apparaître la faute, il ne peut pas cependant être confondu avec elle. La faute est incluse dans la déclaration même lorsque par hypothèse la rétractation est faite en vue de nuire à autrui, ce n'est pas

à proprement parler la rétractation qui lui cause préjudice et constitue une faute, mais la déclaration qui se révèle n'être qu'un appât destiné à tromper autrui, car cette déclaration n'était pas faite avec l'intention de contracter dans les conditions indiquées.

Cependant, un grand nombre d'auteurs n'admettent pas que la déclaration puisse être considérée comme ayant été la cause illégale d'un préjudice. Le jurisconsulte belge Laurent écrit : « On ne peut pas dire que c'est du fait de l'offre que l'autre partie a éprouvé un dommage, elle pouvait s'attendre à sa rétractation. Si elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle y avait un intérêt quelconque. Elle a fait un faux calcul, une mauvaise spéculation, c'est à elle-même qu'elle doit s'en prendre ¹.

Remarquons que Laurent ne sépare pas le domaine de l'offre élément de contrat, du domaine de l'offre fait de l'activité humaine. Si l'on fait cette distinction, on pourra reconnaître que ce n'est pas pour avoir émis une offre de contracter que son auteur est répréhensible, ni même pour l'avoir rétractée, avons-nous dit, mais pour avoir agi en sorte que cette offre ait l'apparence d'être réelle et définitive alors qu'elle ne l'était pas. Sa faute, c'est d'avoir trompé le tiers en l'empêchant de pouvoir considérer son offre comme étant essentiellement fragile, et de lui laisser croire qu'il ne dépendait que de lui de passer le contrat, alors au contraire, que cette éventualité était loin d'être certaine. Le tiers, même s'il connaissait le droit et la fragilité attaché à l'offre, a cru à la parole donnée dont le respect est à la base de notre droit ², et il y a d'autant mieux

1. Laurent, 3^e éd. 1878, n° 481, p. 555, dans le même sens Meynial, *op. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, 3^e éd., t. I, n° 33; Planiol, Ripert et Esmein 6, n° 130; Colin, Capitant, t. II, p. 272.

2. Hauriou, *Principe de droit public*, 2^e éd. 1916, p. 194; « le respect de la promesse faite est l'une des bases de l'ordre social. »

cru, que dans la pratique des affaires les choses se passent normalement ainsi. Sa confiance légitime¹, dit M. Lewy, a été trompée. Mais nous n'admettons pas cette justification parce qu'il est impossible de déterminer le contour extérieur du domaine de la confiance légitime et surtout parce que ce concept est plus une donnée philosophique que juridique, et qu'il n'appartient pas directement à la morale qui sert de fondement à notre droit.

La faute consiste à notre avis dans le fait du déclarant d'avoir créé une apparence dommageable pour autrui. Si elle a été créée volontairement, c'est une tromperie et l'idée de faute ne paraît pas discutable. Si elle a été créée involontairement, elle a été le résultat d'une négligence ou d'une imprudence plus ou moins répréhensible de la part de son auteur. Mais dans tous les cas la faute apparaît nettement caractérisée.

Nous pouvons invoquer en faveur de notre conception la jurisprudence que nous avons examinée en étudiant l'interprétation des actes juridiques ou plus spécialement la question du conflit entre la volonté réelle et la volonté déclarée et nous avons justifié, en faisant intervenir les articles 1382 et 1321 *in fine*, les solutions jurisprudentielles faisant prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle. Cette jurisprudence, avons-nous déclaré, se justifie par l'obligation qu'il y a à réparer le dommage causé à autrui par sa faute, suivant le principe consacré par l'article 1382 de notre Code. Les éléments constitutifs de la faute étant déduits de l'article 1321 *in fine*, édictant que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers. Nous pourrions, en présence d'éléments sensiblement identiques,

1. Léwy, Essai sur la confiance légitime, dans *Vision socialiste du droit*, Paris, 1926, et aussi Responsabilité et contrat, *Rev. tech.*

reprendre le même raisonnement. Nous déduirons l'obligation de réparer le dommage du fait que la simulation dommageable envers autrui étant considérée comme une faute, l'auteur d'une telle situation doit réparer le dommage causé. Or, cette obligation a sa source dans un délit, nous en concluons que c'est une obligation délictuelle conformément à ce que nous avons constaté en matière de conflit entre la volonté réelle et la volonté déclarée. Le maintien de l'offre de contracter nous apparaît alors comme l'exécution d'une obligation délictuelle ayant son fondement dans l'article 1382.

Une question se pose encore à nous, c'est celle de savoir si, en vertu de l'article 1382, le juge peut, sur la base d'une obligation délictuelle obliger l'auteur du délit à exécuter un contrat qu'il s'est refusé de conclure. Est-il possible de considérer une pareille condamnation comme une condamnation à des dommages-intérêts?

On peut considérer que l'article 1382 ne prévoyant aucune forme dans la réparation du préjudice causé, le juge a le devoir de faire réparer ce préjudice de la façon la plus complète. Or, généralement, il n'est pas de réparation plus sage et plus parfaite que celle qui consiste à supprimer la faute, source du préjudice. C'est ce résultat qu'on atteint en déclarant valable et efficace une déclaration dont l'apparence était la source du préjudice. Et la jurisprudence fait une application constante de cette idée en matière de réparation du dol commis par un incapable à l'occasion d'un contrat.

Les incapables sont, nous l'avons constaté précédemment, privés de volonté juridique dans le cercle de leur incapacité et, par conséquent, ne peuvent pas dans ces limites faire une déclaration de volonté. Or, une jurispru-

dence constante, s'appuyant sur l'article 1382 et sur l'article 1310 (qui n'en est qu'une application), rendant le mineur responsable de ses délits et des ses quasi-délits (article que la jurisprudence a du reste étendu à tous les incapables), considère que lorsque l'incapable, par une indélicatesse caractérisée, a réussi à tromper son co-contractant sur sa capacité, le contrat, qui paraît conclu entre ce co-contractant et l'incapable, doit être exécuté comme s'il avait été réellement conclu. Une des espèces les plus caractéristiques fut celle qui se présentait le 15 novembre 1898 devant la Chambre des requêtes, après avoir été successivement tranchée par le Tribunal de commerce de la Seine et la Cour de Paris. Max Lebaudy accepte, en octobre 1892, une traite de 50.000 francs tirée sur lui par Talleyrand-Périgord et venant à échéance en mai 1894. Mais, comme en octobre 1892 Max Lebaudy était mineur, il date son acceptation du 17 février 1894, date postérieure à sa majorité. A l'échéance, la traite fut refusée et le dernier porteur, le sieur Hanon, de Bruxelles, assigna le tireur et le tiré devant le Tribunal de commerce de la Seine.

Lebaudy se prévalait de l'article 1307 du Code civil, au terme duquel la simple déclaration de majorité n'empêche pas le mineur d'obtenir la restitution contre ses engagements. Le Tribunal de commerce de la Seine déclare qu'il n'est pas douteux que la traite ait été post-datée, mais attendu que Lebaudy était suffisamment intelligent pour se rendre compte de la portée de son acte, que la publicité, d'autre part, donnée par lui dans les journaux en France comme en Belgique, de la plainte déposée contre de Talleyrand-Périgord, l'avertissement au tiers par la même voie qu'il n'avait ni signé ni accepté aucun effet de com-

merce depuis sa majorité, ne sont pas censés être arrivés à la connaissance de Hanon. De plus, le jugement spécifie que Hanon n'a commis aucune imprudence et qu'il était de bonne foi. Après quoi, il déclare : « Si au terme de la loi, la lettre de change souscrite par le mineur au négociant est nulle, d'une nullité d'ordre public, cette nullité ne saurait cependant faire échec d'une façon absolue au droit du propriétaire légitime du titre lorsque ce titre a été à son insu post-daté par le mineur et que les dates ayant été irrégulièrement apposées sont postérieures à celle de la majorité de ce même mineur.

Ainsi, malgré la nullité d'ordre public frappant la traite, le Tribunal de commerce de la Seine n'hésite pas à lui faire produire ses effets juridiques relativement au droit du propriétaire trompé. Cela, dit-il, parce que Lebaudy a agi avec intention de tromper les tiers et commis un quasi-délit en post-datant la traite et en la confiant à de Talleyrand-Périgord, en vue de se procurer des fonds pour son usage personnel.

La Cour de Paris, le 4 mai 1897, confirma le jugement du Tribunal de commerce et la Chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 novembre 1898 rejeta le pourvoi en cassation : « Attendu, dit-elle, qu'aux termes des articles 1305 et 1310 du Code civil, si la lésion donne lieu à rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions, le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Les juges du fond, appréciant souverainement les circonstances et l'intention dans laquelle Max Lebaudy avait agi, ont considéré qu'eu égard à son intelligence et à son intention son acte constituait un quasi-délit, par

1. Rey, 15 nov. 1898, P. F. 1899-1-209, avec une note de M. Percerou ; S. 1899-1-225, note de M. Albert Wahl,

conséquent rejette le pourvoi¹. Ainsi, bien que le mineur ait agi dans le cercle de son incapacité, puisqu'il subissait une lésion de 50.000 francs et qu'il ait été par conséquent privé de volonté juridique ; bien que l'article 114 du Code de commerce frappe de nullité absolue la lettre de change souscrite par un mineur non commerçant, le Tribunal de commerce de la Seine, le Cour de Paris et la Cour de cassation ont considéré que la lettre de change produirait ses effets juridiques relativement au propriétaire trompé. Il faut alors remarquer avec M. Wahl « que le mineur n'est tenu qu'en vertu de l'article 1310 du Code civil, parce qu'il a commis un délit, et qu'être responsable d'un délit cela exclut toute obligation de la lettre de change qui est par essence un acte volontaire. Mais, reconnaît-il, il est en effet de principe que la réparation prévue par l'article 1382 du Code civil doit être aussi adéquate que possible au dommage qui a été causé et dans les circonstances, le meilleur moyen d'indemniser le tiers du préjudice résultant de la faute du mineur, c'est de faire que l'engagement souscrit soit précisément valable en tant que lettre de change¹. »

On peut citer, relativement à l'incapacité de la femme mariée, un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 novembre 1905 confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1904 et du Tribunal de commerce de la Seine du 8 juillet 1903.

Mme Bernis, séparée de fait de son mari, faisait des opérations de bourse par l'intermédiaire de la Société Générale à laquelle elle se présentait comme non mariée et signait sous le nom de Mlle Liénard. Ces opérations de

1. Albert Wahl, *Cours de 3^e année*, Paris, 1926-27.

2. Req, 8 nov. 1905, S. 1907-1-145. Note de M. Hemard ; *D. P.*, 1906-1-14 et 1905-2-249.

bourse s'étant soldées par des pertes, Mme Bernis songea à son mari et le fit intervenir, bien que depuis dix ans elle se trouvât séparé de lui, réclamant la nullité de ses opérations pour défaut d'autorisation. Le Tribunal de commerce de la Seine la débouta parce que dans les conditions où la dame se présentait au guichet de la banque, il était impossible de mettre en doute la véracité de ses déclarations et que, d'autre part, c'était sous le nom seulement de Mlle Liénard qu'elle était connue à son domicile où, vivant seule et indépendante, il était impossible de deviner son mariage. D'autre part, la Société Générale était incontestablement de bonne foi. Bernis a été lui-même débouté de son action parce que, disent le Tribunal de commerce et la Cour de Paris, sa longue indifférence équivaut à un mandat tacite. La Chambre des requêtes n'a pas admis la thèse relativement au mari. Elle a considéré qu'il avait commis un quasi-délit pour avoir facilité la fraude commise par sa femme. Ainsi, la Chambre des requêtes a donné deux solutions en harmonie. Le quasi-délit de la femme l'oblige à exécuter la convention, et le quasi-délit du mari l'empêche d'entraver cette exécution. L'obligation d'exécuter la convention apparaît comme la réparation d'un dommage causé par deux quasi-délits.

Lorsque le quasi-délit est causé par la femme dotale, la jurisprudence donne les mêmes solutions. Le 16 août 1876, par exemple, la cour d'appel d'Aix a tranché la difficulté suivante : une dame Curlon prête une somme de 6.000 francs aux époux Daniel qui se déclarent mariés sous le régime sarde et accordent à leur prêteur une hypothèque sur deux immeubles dont l'un appartenait au mari et l'autre à la femme.

N'étant pas payée à l'échéance, la dame Curlon voulut saisir les deux immeubles. Relativement à l'immeuble du mari, elle était primée par d'autres créanciers hypothécaires antérieurs en date ; vis-à-vis de l'immeuble de la femme, les époux étant mariés, contrairement à leurs déclarations, sous le régime dotal, elle se heurtait à l'inaliénabilité de la dot.

La Cour d'Aix, confirmant un jugement du Tribunal de Nice, permit de saisir l'immeuble dotal, attendu qu'il y avait eu déclaration mensongère et frauduleuse.

Ainsi on a coutume de résumer la jurisprudence relative aux effets du dol des incapables par cette formule : le dol de l'incapable met obstacle à sa demande en nullité de la convention pour cause d'incapacité ¹. Nous considérons cette solution comme étant à la fois pratique et même parfaitement juridique à condition de préciser que, bien que l'incapable ne puisse agir en nullité, l'acte n'en est pas moins nul intrinsèquement, car nous avons affaire, par hypothèse, à des actes ayant pour essence la volonté et qui ne peuvent exister sans cette volonté qui précisément leur fait absolument défaut dans les hypothèses qui nous occupent. Cependant, pour réparer un délit, l'incapable est condamné à exécuter ce qu'il avait promis par fraude. Pratiquement, le juge ne reconnaît pas la nullité de la convention, pour condamner ensuite l'incapable à accomplir la même prestation qui y était incluse accompagnée des mêmes accessoires. Cela nous ramènerait au stade du droit romain ancien et de la concordance des formes, mais en théorie il en est ainsi. C'est pourquoi l'obligation, de con-

1. Planiol et Ripert, Savatier, t. I, n° 282 et 296 ; Colin-Capitant, I, p. 563, 3^e éd.

tractuelle qu'elle était, devient une obligation délictuelle et c'est précisément pour cela que la jurisprudence s'appuie sur les articles 1310 et 1382.

Cette conception a été cependant critiquée, et certains juristes veulent faire de l'obligation pesant sur l'incapable à l'occasion de son dol, une obligation contractuelle, parce que sa faute ayant été commise à l'occasion d'un contrat est une faute contractuelle. Nous ne concevons pas, quant à nous, qu'il puisse exister une faute contractuelle, alors que nous ne reconnaissons pas l'existence du contrat. Si la responsabilité de l'incapable a, quant à l'étendue de sa réparation un caractère contractuel, elle n'en a pas moins pour origine son délit.

M. Agastein¹ a émis une opinion originale en la matière. Il considère que la base délictuelle est insuffisante à justifier la jurisprudence. Car, écrit-il, l'explication qui consiste à dire que l'incapacité permet à l'incapable d'obtenir la nullité de son engagement, pour voir aussitôt après le juge le condamner à titre de réparation à une prestation identique dans les mêmes conditions que celles dont il vient d'être restitué est bien illogique. L'annulation est accordée en vertu des règles de la protection, la condamnation l'est en vertu des règles de la responsabilité délictuelle qui subsiste lorsque le contrat a disparu. Il est surprenant de détruire pour reconstruire. Enfin, comment arrivera-t-on, sur une base délictuelle, à attacher à l'obligation nouvelle les garanties dont était dotée celle qui vient de disparaître ? La réponse nous apparaît simple à trouver. Faute de volonté il n'est pas né d'obligation entre l'incapable et son co-contractant ; par conséquent on n'a

1. Agastein, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse, Paris, 1927.

pas eu à détruire cette obligation et la seconde a été construite de toutes pièces par le juge sur les bases de celle qui aurait existé si l'incapable avait eu réellement la capacité dont il s'était prévalu. Quant aux garanties, elles sont imposées par le juge et elles assureront l'exécution de l'obligation délictuelle comme elles auraient assuré l'exécution de l'obligation contractuelle.

Pour les raisons que nous venons de critiquer, M. Agastein considère que l'obligation pesant sur l'incapable doit être une obligation contractuelle, et que le contrat qui aurait dû naître est né et existe réellement. Mais, s'il existe, ce n'est pas sur le fondement de la réparation délictuelle, mais du fait que la règle de droit imposant, à quiconque contracte, de connaître la qualité de son contractant, n'a pas été violée. La protection de l'incapable s'imposerait à tout le monde comme un devoir social mais, ce devoir accompli, le contractant capable ne doit pas éprouver de préjudice du fait de la protection de l'incapacité.

Ainsi, cette règle protégerait l'incapable en ce sens que si elle oblige un contractant à se renseigner sur la capacité de son co-contractant, c'est pour l'obliger à respecter s'il y a lieu les règles protégeant les incapables. Et elle protégera le contractant capable qui, ayant pris toutes ses dispositions pour connaître la capacité de la personne avec qui il contracte, ne pourrait subir aucun préjudice de la faute de cette dernière. Si nous admettons ce raisonnement, la nullité de la convention contractée sans fraude par un incapable peut être envisagée sous un double aspect. Vis-à-vis de l'incapable, la convention est nulle pour défaut de volonté ; vis-à-vis de son co-contractant, elle est déclarée nulle parce qu'il n'a pas observé la règle *quis cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* : « Aussi, conclut M. Agastein, lorsque cette règle

a été observée, le contrat doit être maintenu pour éviter tout préjudice aux contractants capables. » Or, c'est précisément ce qui se produit lorsque l'incapable a commis un dol, et, dans ce conflit qui s'élève entre la règle *quis cum alio contrahit* et les dispositions légales relatives à la capacité des personnes, c'est, dans la pensée de M. Agastein, l'adage qui doit l'emporter, fortifiant ainsi le maintien de la convention au point de vue contractuel.

Nous ne saurions admettre cette analyse car il nous paraît bien peu juridique de faire prévaloir une règle qui n'est qu'un adage sur des règles aussi nettement impératives que celles fixant la capacité des personnes. Nous ne pouvons admettre que des règles impératives, non seulement pour le juge français, mais encore pour le juge étranger, toute réserve faite à l'ordre public international, puissent s'effacer devant l'adage *quis cum alio contrahit*, qui n'est à tout prendre qu'une règle de prudence juridique.

Nous ne refusons pas d'accorder à celui qui contracte avec un incapable une certaine protection contre les abus que pourrait commettre l'incapable en invoquant la protection de la loi. Mais il est inutile, à notre avis, de faire appel à de vieux adages impuissants à écarter des règles impératives, puisque notre Code prévoit lui-même la responsabilité de l'incapable en ce qui concerne ces délits ou ces quasi-délits. Et il convient de rendre hommage à la logique de notre droit qui, ayant considéré le contrat nul parce que atteint d'un vice entachant son essence même, ne vient pas par la suite le valider alors que ce vice n'est pas disparu. Les dispositions des articles 1310 et 1382 d'un caractère tout aussi impératif que celles relatives à la capacité des personnes, ne viennent cependant pas contredire ces dernières, ni faire naître de conflit.

Les dispositions concernant la capacité des personnes réglementent uniquement la capacité de contracter de ces personnes, alors que l'article 1310 s'occupe uniquement de la capacité nécessaire à une personne pour être tenue responsable d'un délit. Le champ d'application de ces deux catégories de règles est absolument différent et, en toute logique, il ne peut en être autrement, car il est impossible qu'un délit, en tant que tel, puisse donner à une volonté la maturité ou la sagesse qu'elle n'a pas. Aussi, tout impératives que soient les dispositions relatives aux délits civils, elles ne peuvent en aucune façon permettre au juge de considérer le contrat passé par un incapable comme un contrat valable au sens juridique et technique du terme.

A l'appui de sa thèse, M. Agastein invoque des solutions de notre jurisprudence qu'il considère comme contredisant ou du moins infirmant les principes que nous avons dégagés. Nous prenons parmi les exemples qu'il invoque celui qui nous paraît le plus caractéristique et qui s'est présenté le 17 juillet 1894 devant la Cour de Paris¹

Le mineur, M. Lebaudy, accepte une traite de 50.000 francs tirée sur lui par de Talleyrand-Périgord. L'effet avait été créé le 7 octobre 1892. Lebaudy mineur post-date le titre du 17 février 1894, époque à laquelle il sera devenu majeur. Peu après avoir atteint sa majorité, Max Lebaudy porte plainte contre de Talleyrand-Périgord et fait savoir par les journaux qu'il n'a ni signé, ni accepté d'effet de commerce depuis sa majorité.

Après cette publicité, Odin escompte cette traite de 50.000 francs à Hérault, mais sans recours contre ce der-

1. Paris, le 17 juillet, 1894, D, 95-2-25.

nier. Odin prétend se faire payer par Lebaudy, parce que ayant laissé s'écouler quelques semaines après sa majorité sans avertir les tiers, la fausse date a déterminé son ignorance des conditions dans lesquelles elle a été acceptée. La Cour de Paris débouta Odin de sa prétention à se faire payer, considérant la postdate comme une simple déclaration rentrant dans les prévisions de l'article 1307 et « considérant au surplus que, dans les conditions où il est devenu cessionnaire de la dette dont il réclame le paiement, Odin ne saurait être considéré comme un porteur de bonne foi... ne doit s'en prendre qu'à lui-même s'il est condamné à subir les conséquences de sa hasardeuse spéculation ».

« Ainsi, dit notre auteur, cette affaire présente les mêmes caractéristiques que l'affaire Max Lebaudy contre Hanon. Même époque, mêmes conditions d'intelligence, même intention, même moyen, et solution différente. Si la faute du mineur entraînait la sanction, la solution devrait être la même. » Ce n'est pas notre avis, car cette dernière espèce comporte un élément n'existant pas dans la précédente : la mauvaise foi du porteur. Hanon était de bonne foi, et avait été trompé par la faute du mineur, tandis qu'Odin, de mauvaise foi, connaissait le vice de la lettre de change et, en faisant appel à la théorie de la faute commune d'application courante en matière de délit civil, on reconnaîtra que si Lebaudy avait commis une faute, Odin en avait commis une beaucoup plus grave, et la solution donnée par la Cour de Paris se justifie par les mêmes principes que la solution antérieure.

Enfin, M. Agastein fait appel aux solutions rendues en matière de droit international privé et déclare que ces solutions ne peuvent se justifier par l'application de l'article 1382, car le plus souvent le contrat passé par l'étranger

incapable, mineur au sens de la loi étrangère normalement applicable est maintenu alors qu'on ne relève aucune manœuvre frauduleuse de sa part¹. Si la responsabilité délictuelle ne peut pas justifier l'obligation d'exécuter le contrat imposé à l'incapable étranger, la règle *quis cum alio contrahit*, proposée par notre auteur, nous apparaît tout aussi inefficace.

Remarquons avant toute chose, qu'en se plaçant au point de vue de droit international privé, ce n'est pas la solution pratique donnée par la jurisprudence qu'il faut expliquer comme paraît le faire notre auteur, mais les raisons qui déterminent la jurisprudence à faire prévaloir la loi française sur la loi étrangère ou inversement. Quant à la solution pratique, elle découle obligatoirement d'une de ces lois. Le raisonnement de M. Agastein deviendrait alors : « Le juge français n'applique pas la loi étrangère normalement applicable pour déterminer la capacité d'un étranger de même nationalité, parce que le contractant français n'a pas violé la règle *quis cum alio contrahit*. » Or, au sens de l'article 3, paragraphe 3 de notre Code, la capacité des personnes est déterminée par leur loi nationale, et c'est là une règle impérative qui ne peut s'effacer que devant une autre règle impérative ; cela pourrait se produire si l'on invoquait un délit commis par l'incapable, car il est une autre règle impérative générale : c'est que les dispositions concernant la responsabilité civile en matière de délit s'appliquent sur le territoire où le délit a été commis, à toute personne absolument. Mais si l'on écarte l'idée de délit et la règle impérative que nous avons indiquée, ce n'est pas à un adage qu'il faut faire appel. Il faut dire : la loi nationale de l'incapable détermine sa capacité, mais la France

1. *Op. cit.*

ne se reconnaît en communauté internationale avec les législations étrangères qui prolongent plus que ne le fait la loi française la période de l'incapacité civile, que sous réserve de l'intérêt du contractant français, qui traite avec les incapables étrangers régis, sous ce point de vue par leur loi personnelle. Et, si l'on modifie l'application de la règle normale c'est pour une raison d'ordre public international¹. Dans ce cas la capacité de l'étranger sera déterminée par la loi française, si bien que l'incapacité de l'étranger disparaîtra et son obligation, dans ce cas, ne sera pas délictuelle mais contractuelle².

Ainsi, la théorie de M. Argastein n'est justifiée ni par notre droit interne, ni par les principes de notre droit international privé. Mais si, dans les arrêts cités par cet auteur nous avons reconnu avec lui que sous des principes apparents la jurisprudence considérait l'obligation incombant à l'incapable comme une obligation contractuelle née du contrat, nous nous demanderions comment justifier l'arrêt rendu le 4 août 1857 par la Chambre des requêtes³.

Pour obtenir une adjudication de travaux publics le sieur Clément Santin avait présenté pour caution sa sœur Marie-Louise Esther Santin, veuve Cardon, dont les qualités étaient attestées par acte notarié. Or, ladite veuve Cardon était en réalité marié à un sieur Wagner.

Considérant dit l'arrêt de la cour d'Amiens qu'aux termes des art. 217 et 1124 du code Napoléon les engagements contractés par la femme mariée non autorisée sont frappés de nullité absolue, mais que dans l'espèce actuelle ces articles

1. Bartin, *Cour de droit international privé*, Paris, 1926-27.

2. Remarquons qu'en cas de délit commis par l'incapable, il est préférable de faire appel aux dispositions de l'art. 1382. Car c'est dans ce cas seulement, si le jugement français doit s'exécuter à l'étranger qu'il obtiendra l'exequatur.

3. Req. 11 août, 1857, S. 1858-1-435. Sur arrêt d'Amiens, 6 janv. 1857.

ne sauraient recevoir d'applications, qu'en effet M. le préfet du Nord a été trompé par la femme Wagner et l'attestation du notaire, et que ce n'est pas en vertu d'une convention que la femme Wagner est en ce moment poursuivie, mais en raison d'un fait de dol et de fraude qui a le caractère de quasi-délit et doit nécessairement engager sa responsabilité.

Considérant que si des documents produits, il résulte que le cautionnement à fournir n'est que du 30^e de l'estimation des travaux, c'est-à-dire, dans l'espèce de 2.886 fr. 73, on ne saurait restreindre à ce chiffre la part de responsabilité qui incombe à la femme Wagner, que c'est par la suite de la fraude que Clément Lautin, qui deux fois avait été déclaré en faillite et qui n'offrait aucune garantie personnelle a été accepté adjudicataire des travaux qu'il n'a pu mener à fin. Que le préjudice par lui causé à l'Administration étant de 9.706 fr. 70, c'est à ce chiffre qu'il convient de fixer la part de la responsabilité de la dame Wagner.

Dans cette espèce, l'incapable a été condamné à fournir une obligation plus forte que celle qu'il aurait assumée, si le contrat eût été valable. Cela suffit à nous démontrer qu'il s'agit bien d'une obligation nouvelle et délictuelle et non de celle provenant du contrat fausement conclu.

En résumé, si l'incapable est condamné à exécuter le contrat par lui conclu, ce n'est pas parce que ce contrat est considéré comme validé par sa fraude, mais parce que cette exécution constitue la réparation la plus adéquate au délit qu'il a commis. C'est bien sur la base de l'art. 1382 que la jurisprudence prononce une telle condamnation et c'est sur la même base, à notre avis, qu'elle condamne l'auteur d'une offre rétractée à maintenir sa déclaration de volonté apparente. D'autant que nous pouvons pousser

plus loin encore la constatation de l'analogie existant entre la jurisprudence relative au dol des incapables et celle que nous avons citée en matière de déclaration de volonté. L'incapable avons-nous dit, est condamné à exécuter son obligation en réparation du dol qu'il a commis en faisant croire à son contractant qu'il avait son entière capacité. Or le but de l'incapable, son intention, était de faire une déclaration apparente, ses manœuvres frauduleuses n'avaient pas d'autres fins et sa faute consiste à avoir, par un acte simulé, causé préjudice à un tiers. Toutefois, la faute de l'incapable a besoin de présenter un certain degré de gravité mais cela, parce qu'aux termes de la loi et en raison de son incapacité, l'incapable n'est responsable que de son dol. En effet, l'article 1310 relatif à la responsabilité du mineur pour ses délits et ses quasi-délits, étendu à tous les incapables, ne vise nullement les fautes légères commises par ceux-ci. C'est à Pothier que cette disposition a été empruntée et il définit le quasi-délit commis par le mineur comme une imprudence qui n'est pas excusable, ajoutant que l'imprudence doit s'excuser facilement chez le mineur et que c'est seulement sa malignité qui le rend responsable¹.

Cela nous permet de répondre à l'objection faite au maintien de la déclaration de volonté sur une base délictuelle qui obligerait l'incapable, responsable de ses délits et de ses quasi-délits à maintenir sa déclaration de volonté alors que si le contrat avait été entièrement voulu il serait déclaré nul en raison de son incapacité. Mais, devant une juste interprétation de l'art. 1310, cette objection s'efface et nous dirons que la déclaration de volonté du mineur devra être exécutée sur la base d'un délit lorsqu'elle sera constitu-

1. Planiol et Ripert, n° 879, note I, p. 307, 10^e éd.; Pothier, *Obligation*, n° 118, éd. Brignet.

tive de dol comme le serait le contrat apparent lui-même et seulement dans ce cas. Mais, si nous supposons à sa place une personne jouissant de son entière capacité nous pouvons très bien la considérer en la matière comme responsable de sa faute légère et même très légère, et c'est précisément la solution que nous défendons.

A notre sens, la déclaration de volonté ne produit aucun effet juridique contractuel en elle-même, et elle peut être à ce point de vue librement rétractée. Mais du point de vue de l'activité juridique, envisagée dans son ensemble, la déclaration de volonté reste un fait juridique qui survit à sa rétractation. Ce fait juridique non contractuel, constitue une apparence qui peut causer un préjudice à autrui et que nous considérerons en cela comme un délit ou un quasi-délit sur le fondement de l'art. 1321 *in fine* du Code civil. Or, le dommage causé par un délit ou un quasi-délit, oblige son auteur à le réparer et pour ce faire, le juge obligera l'auteur de la déclaration de volonté à l'exécuter. Réserve faite cependant des hypothèses où une réparation sous forme de dommages et intérêts apparaîtrait plus équitable.

Notre théorie ainsi formulée, nous allons à présent essayer de préciser quelques-unes des conséquences qu'entraînent notre théorie.

DEUXIÈME SECTION

APPLICATION PRATIQUE DE LA THÉORIE PROPOSÉE

Une déclaration de volonté simulée constitue donc en regard de notre théorie, une faute, du fait qu'elle est la cause d'un dommage pour autrui.

Ainsi la nécessité d'un dommage causé au lieu d'intervenir comme il se produit normalement, dans la théorie de

la responsabilité civile, pour faire naître l'obligation et déterminer l'étendue de cette réparation, elle intervient ici dans un double but.

En premier lieu comme élément constitutif du délit de simulation lui-même, car, nous avons déduit de l'art. 1321 *in fine* du Code civil, que, si la simulation est autorisée par notre droit, c'est à la condition seulement qu'elle ne nuise pas à autrui. En conséquence, si la simulation cause à quiconque un préjudice, elle devient par cela même contraire au droit. Or, comme suivant les principes généraux de la responsabilité civile, est faute, toute action contraire au droit, nous en concluons que la simulation devient une faute, du fait qu'elle est dommageable envers le tiers et de ce fait seulement.

En second lieu, la nécessité d'un dommage intervient suivant les principes généraux de la responsabilité civile et délictuelle pour faire naître l'obligation de réparer le dommage causé par la faute. Mais, parce que la notion de préjudice a déjà été antérieurement retenue comme élément constitutif de la faute, la relation de cause à effet entre la faute et le dommage se trouve établie par ce fait seul que la faute est reconnue.

Il faut encore préciser que la notion des dommages qu'elle intervienne comme élément constitutif de la faute ou comme condition nécessaire à ouvrir l'action en réparation reste toujours identique, c'est-à-dire la notion consacrée en matière de responsabilité civile et délictuelle par interprétation de l'art. 1382. Autrement dit que le dommage peut être tout aussi bien un dommage matériel, pécuniaire, ou même non appréciable en argent. L'essentiel étant que ce dommage soit réel et vérifié.

De même, lorsqu'il s'agit, non plus du dommage envi-

sagé en lui-même, mais de sa réparation, c'est encore aux principes généraux de la responsabilité civile et délictuelle qu'il faut faire appel et déclarer que la réparation du préjudice doit être aussi parfaite que possible et comprendre comme la réparation de tout délit civil « le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* ».

En recherchant les éléments constitutifs de la déclaration de volonté dans la première partie de cette étude, nous avons conclu que la déclaration de volonté devait exprimer une volonté sérieuse non entachée de vice, et émanant d'une personne capable. C'est sur de telles déclarations que nous nous proposons de raisonner en reprenant successivement, et dans le but de fixer quelque peu les idées en ce qui concerne l'application de notre théorie, les déclarations de volonté à volonté passive et les déclarations de volonté à volonté active suivant la classification que nous avons antérieurement adoptée.

Les déclarations à volonté passive produisent la totalité de leurs effets juridiques, et deviennent parfaites du moment où la personne à qui elles s'adressent, ou les personnes intéressées, suivant qu'il s'agit de déclaration à personne déterminée ou de déclaration au public, en ont pris connaissance. Cette prise de connaissance étant du reste obligatoire, car il y a une impossibilité matérielle et absolue pour une personne à exécuter cette espèce de commandement que constitue la déclaration à elle adressée si elle en ignore l'existence. Mais, qu'il s'agisse d'une déclaration au public, ou d'une déclaration à personne déterminée, l'anéantissement de cette déclaration par voie de rétractation ne peut se concevoir que dans la période de temps comprise entre son émission et le moment où le destinataire en prendra connaissance, la rendant parfaite de ce fait.

Supposons d'abord que pendant cette période le destinataire ou les personnes indéterminées présumées intéressées ignorent totalement le fait de l'émission. Il apparaît indéniable que l'auteur de la déclaration pourra se ressaisir et annuler son acte qui, ignoré de tout le monde, n'a pu encore pénétrer dans le domaine du droit.

Mais si nous supposons au contraire que l'émission et le contenu de la déclaration émise ont été connus de ces mêmes personnes, il faut alors faire une distinction en supposant d'une part qu'aucun mode spécial de manifestation n'est exigé pour cette déclaration de volonté, soit que la loi (s'il s'agit d'un droit reconnu au déclarant par une disposition légale), ou la convention antérieurement intervenue (s'il s'agit d'un droit acquis par une convention), laisse toute liberté d'action au bénéficiaire de ce droit. Et, il nous faut supposer d'autre part que le mode d'exécution de la déclaration de volonté a été impérativement déterminé par la loi ou par la convention, par exemple, lorsque la loi exige l'accomplissement de formalités déterminées ou que la convention stipule que le déclarant devra manifester sa volonté par lettre recommandée.

Dans la première de ces deux hypothèses, l'élément nécessaire à déclancher l'effet de droit étant uniquement la prise de connaissance de la volonté du déclarant par le sujet passif de l'obligation, il nous semble logique et juridique d'admettre que cette déclaration sera parfaite dès que cette prise de connaissance se sera produite et de quelque façon qu'elle eût été réalisée. Ainsi, si la déclaration a été faite par lettre, et si cette missive se trouve égarée par le transporteur, la déclaration de volonté pourra néanmoins devenir parfaite si le destinataire a eu connaissance de l'émission et du contenu de la déclaration par un autre moyen

que celui mis en œuvre par le déclarant. Ce dernier ne pourra, malgré la perte de sa lettre, ressaisir sa déclaration ; car, la connaissance qu'en a eu le sujet passif de l'obligation met celui-ci en droit de s'en prévaloir conformément à la loi ou à la convention antérieurement passée, rendant en cela parfaite la déclaration égarée par le transporteur.

Si nous supposons à présent que le mode d'exécution de la déclaration de volonté a été déterminé impérativement, et c'est généralement ce qui se présente dans la pratique, le but de ces dispositions étant d'établir d'une part la preuve de la déclaration et de sa réception, et d'autre part une volonté définitive et réfléchie du déclarant. Il faut reconnaître dans cette seconde hypothèse que tout mode de manifestation autre que celui désigné doit être considéré comme inefficace, et que, si le moyen de transmission régulièrement employé fait défaut, le destinataire ne sera aucunement en droit de tenir compte de la connaissance indirecte qu'il aurait pu avoir de la déclaration ; les conditions exigées par le contrat ou par la loi ne se trouvent pas dans ce cas réalisées. Les difficultés particulières se présentent cependant en ce qui concerne l'acceptation d'une offre de contrat. Nous rappelons que l'acceptation est une déclaration à volonté passive dans l'hypothèse seulement où l'offre n'est ni rétractée, ni devenue caduque au moment de la formation du contrat. La volonté de l'offrant est alors une volonté passive en ce sens, qu'il n'est nullement besoin pour que le contrat se forme qu'il manifeste sa volonté de contracter une seconde fois. L'offre étant acceptée, l'offrant en prenant connaissance de cette acceptation ne peut que s'incliner devant le contrat formé. C'est dans cette hypothèse que nous contenons notre raisonnement, nous plaçant seule-

ment au point de vue de l'auteur de l'acceptation. Mais alors, la question de savoir si l'acceptation pourra être rétractée dans la période que nous avons antérieurement déterminée dépend de l'attitude prise dans la controverse relative à la formation même du contrat. Si l'on adopte le système de la déclaration, le contrat est formé au moment de l'acceptation¹, ou au plus tard au moment de l'émission² de cette acceptation, et par conséquent l'acceptation devenue parfaite ne peut pas être rétractée. Au contraire, si c'est le système de l'information qui est préféré, le contrat ne se formera que lorsque l'offrant aura pris connaissance de l'acceptation³ ou tout au moins lorsque l'acceptation sera parvenue en sa possession⁴ la rétractation sera donc libre jusqu'à la réalisation d'une de ces conditions.

La rétractation volontaire n'est pas l'unique moyen d'anéantir une déclaration de volonté, la mort, ou une incapacité venant frapper la personne du déclarant ou du destinataire peuvent rendre caduque toute manifestation de volonté. Ce sont les effets de la survenance de ces événements entre l'émission et la prise de connaissance d'une déclaration à volonté passive que nous allons maintenant étudier.

Deux principes doivent être rappelés : la survenance d'un des événements envisagés fait disparaître la volonté juridique de la personne frappée par eux. Et d'autre part, il n'est de déclaration de volonté au sens technique du terme, que lorsque cette déclaration est l'expression d'une volonté existante.

En conséquence, si la mort ou quelque incapacité vient faire disparaître la volonté juridique de l'auteur de la dé-

1. Système de l'acceptation.

2. Système de l'émission.

3. Système de l'information.

4. Système de la réception.

claration dans la période par nous déterminée, sa déclaration se trouve nulle et incapable de produire un effet de droit, privée qu'elle est de l'élément essentiel : volonté.

Supposons que ces événements viennent à frapper le destinataire de la déclaration, si, comme nous l'avons affirmé la déclaration à volonté passive ne peut produire effet qu'après que le destinataire en a pris connaissance, il faudra déclarer qu'elle se trouve nulle du fait de l'arrivée des événements envisagés. Cependant nous avons spécifié que les déclarations à volonté passive, n'étaient que des demandes d'exécutions d'obligations préexistantes, ces obligations n'étant du reste exécutées qu'à la demande du sujet actif. C'est pourquoi, si la connaissance de la déclaration est exigée du destinataire, c'est parce qu'il ne pourrait pas matériellement exécuter l'obligation en ignorant la demande qui a précisément pour but d'en déclancher l'exécution. Il apparaît alors, que la nécessité d'une prise de connaissance n'a pas un fondement juridique, mais bien plutôt un fondement de fait. Aussi, nous ne considérons pas qu'il soit contradictoire d'admettre que la déclaration de volonté devienne parfaite dans le cas même où le destinataire a perdu la volonté juridique; car, l'obligation réclamée par le déclarant existe dans le patrimoine du sujet passif et sa connaissance de la déclaration n'est pas exigée pour parfaire son obligation. Elle ne s'adresse pas à lui dans le but de lui faire émettre une adhésion, elle s'adresse à lui en sa qualité d'administrateur du patrimoine qui doit supporter l'obligation préétablie. C'est pourquoi ce patrimoine ne disparaissant pas avec sa personnalité, l'administrateur légal ou le nouveau propriétaire de ce patrimoine prendra tout aussi valablement connaissance de la déclaration que le destinataire lui-même.

Enfin, il se peut dans le cas d'acceptation d'offre de contrat, que la mort ou qu'une incapacité vienne frapper l'auteur de l'offre après l'émission de l'acceptation et avant qu'il en ait pris connaissance. La volonté de l'offrant se trouve alors anéantie, l'offre disparaît donc et avec elle disparaît également la condition qui faisait de l'acceptation une déclaration à volonté passive. Devant la nullité de l'offre l'acceptation devient à son tour une offre, c'est-à-dire une déclaration à volonté active que nous étudierons par la suite. Remarquons cependant que ces difficultés relatives aux acceptations d'offres de contrat sont solidaires du système adopté quant à la formation du contrat.

Nous pouvons conclure après ce rapide examen des déclarations à volonté passive que dans ces hypothèses la théorie que nous proposons ne trouve pas matière à s'appliquer. En effet, ou la rétractation de la déclaration est entièrement libre, ou la déclaration se trouve définitive et parfaite et contre une prétendue rétractation ce serait l'action du contrat qu'il conviendrait d'appliquer. Mais dans aucun cas la responsabilité délictuelle ne trouve son champ d'application car il n'existe pas, dans l'existence d'une déclaration à volonté passive, une période de temps pendant laquelle la déclaration vit d'une existence juridique précaire, et dans laquelle elle peut subitement et juridiquement être anéantie. Une période semblable ne se révèle que dans les déclarations à volonté active et ce sont elles que nous allons à présent examiner.

Considérons tout d'abord les déclarations à volonté active à personne déterminée, et raisonnons sur le type de ces déclarations : l'offre du contrat. L'offre de contrat prend un caractère juridique dès l'instant où le destinataire en a pris connaissance, mais néanmoins son auteur conserve la

faculté de la rétracter. Cependant, cette rétractation enlevant tout caractère contractuel à l'offre fait connaître son caractère apparent et deux cas peuvent alors se présenter.

Ou l'offre apparente n'a causé aucun préjudice au destinataire et dans ce cas, aucune difficulté juridique ne se révèle, car ne trouvant ni faute commise, ni dommage causé par l'offrant on ne peut nullement déclarer sa responsabilité engagée et sa faculté de rétracter son offre doit être reconnue pleine et entière.

Ou, l'offre apparente a causé un préjudice au destinataire et dans ce cas, l'offre apparente, étant considérée comme un délit, elle engage la responsabilité de son auteur qui doit réparer le tort commis par sa faute. Et, le juge décide, dans la majeure partie des cas que la réparation la plus adéquate du dommage causé consiste à obliger l'auteur de l'offre à exécuter cette offre, comme si elle n'était pas qu'une simple apparence. Cependant, le juge n'est pas obligé de se prononcer en ce sens¹. D'une façon générale il ne le fera qu'à la demande de la victime. Car il se peut en effet que le maintien de l'offre n'apporte aucune réparation effective au destinataire trompé, si par exemple avant que justice soit rendue, il a conclu un second contrat moins avantageux sans doute, mais destiné cependant à remplacer celui proposé par l'offre apparente. Dans ce cas, le juge prononcera une condamnation à des dommages et intérêts rétablissant l'avantage perdu par le destinataire.

S'il s'agissait par exemple d'une offre de vente portant sur une tonne de marchandise à 10.000 francs et que le second marché ait obligé le destinataire à payer 15.000

1. Planiol, Ripert, Esmein, n° 132, p. 174.

francs la même quantité de marchandises le juge prononcera une condamnation à 5.000 francs de dommages et intérêts au profit du destinataire. Enfin le juge pourrait encore condamner l'auteur de la fraude à des dommages et intérêts supérieurs à l'engagement que représentait son offre si cela était nécessaire pour dédommager le destinataire. Nous avons vu la Cour de cassation approuver une pareille condamnation en matière de dol commis par un incapable à l'occasion d'un contrat. C'est par conséquent le juge qui est seul maître de décider en notre matière quelle est la réparation à accorder.

La création d'une déclaration de volonté apparente peut dans certaines circonstances constituer un délit. Mais est-ce à dire que chaque fois que l'auteur d'une déclaration viendra par une rétractation démontrer que la volonté contenue dans sa déclaration n'existait pas, ou n'existe plus et, causera de ce fait un préjudice à autrui, il faudra le considérer comme auteur d'un délit ou d'un quasi-délit, sans tenir compte de la période de temps écoulée depuis l'émission de sa déclaration. Nous ne le croyons pas. La déclaration de volonté n'engage son auteur que dans les limites de son intention. Or, nous avons déjà constaté que son intention n'était en aucune façon de se lier éternellement par une offre, qu'au contraire, son intention était que son offre n'ait de valeur que pour une période de temps déterminée par les nécessités de réflexion supposées par le contrat envisagé, augmentées de la durée des transmissions de volonté. On peut objecter, qu'on peut tout aussi bien prétendre que l'intention de l'auteur de l'offre n'a jamais été d'accorder le moindre délai au destinataire, car il n'y a pas de raison pour admettre qu'il lui accorde trois jours plutôt qu'aucun délai. L'analyse de la volonté normale de l'offrant va nous fournir encore la réponse à cette objection.

L'auteur de l'offre fait connaître au destinataire son intention définitive de contracter avec lui. Or, lorsqu'il déclare cette intention, il sait parfaitement que le destinataire ne peut lui répondre aussitôt puisqu'il doit connaître d'abord sa déclaration, puis faire les actes matériels pour lui manifester sa réponse. Alors, deux hypothèses se présentent. Ou l'offrant prévoit que son offre doit rester un minimum de temps sans réponse et il accepte cette éventualité obligatoire à la conclusion du contrat et, dans ce cas, il a vraiment l'intention de contracter avec son correspondant : ou il refuse d'accepter cette éventualité et alors rendant la conclusion du contrat impossible, il n'a pas vraiment l'intention réelle de contracter avec son correspondant et il commet une faute en assurant réelle une volonté de contracter qui n'est que mensongère ; il a dans ce cas alors, commis la faute que nous lui reprochons.

Ainsi, nous considérons que si l'intention de contracter est vraiment réelle chez l'offrant l'offre s'accompagne d'un certain délai. Mais une fois expiré, ce délai que notre jurisprudence appelle le temps moral nécessaire à prendre connaissance de l'offre et à y répondre¹, et qui varie avec chaque espèce suivant l'éloignement du destinataire, la nature du contrat envisagé et l'époque pendant laquelle ont lieu les tractations, le délit ou le quasi-délit que nous étudions ne peut plus être constitué quelle que soit la qualité de la volonté exprimée par l'offre. Si elle a été maintenue pendant ce délai, elle s'est extériorisée comme réelle et aucune création d'apparence ne peut être reprochée à son auteur. Si le destinataire subit un préjudice du fait de la disparition de

1. Douai, 12 janv. 1924, Req. Douai 24-69. Dernier arrêt à notre connaissance consacrant ce délai moral.

la proposition, il n'a qu'à s'en prendre à la négligence qu'il a mise à conclure un contrat avantageux pour lui. On peut supposer encore que la lettre de l'offrant est arrivée à destination avec un retard tel que le délai moral était expiré. Dans ce cas, le destinataire en comparant la date portée sur la lettre et celle où elle lui a été remise par le transporteur, a dû se rendre compte de ce retard et considérer l'offre comme susceptible d'être sans effet, et il va de soi que le déclarant peut librement la considérer comme inefficace.

Il peut se faire aussi, que le même retard se produise pour la lettre annonçant l'acceptation de l'offre. Dans ce cas, la solution dépend encore de l'opinion adoptée sur la date de formation du contrat, mais en admettant le système de la réception on doit déclarer l'offrant dégagé par ce retard et nullement responsable du dommage que peut causer l'impossibilité de contracter sous la réserve, bien improbable cependant, du cas où il se serait déclaré responsable des risques du transport. Nous venons de raisonner sur l'offre de contrat pure et simple, mais elle peut s'accompagner d'un délai exprès d'acceptation. Nous croyons que les mêmes solutions que nous venons de donner doivent encore s'appliquer à ce cas, en remarquant que ce délai contribue à accentuer le caractère sérieux et définitif de l'offre. Mais néanmoins, si l'offre est rétractée dans le courant du délai et nonobstant ce délai nous ne pouvons admettre que son caractère contractuel subsiste.

Le projet franco-italien du code des obligations et des contrats paraît cependant, dans son art. 2 § 2, admettre une solution contraire : « Si l'auteur de l'offre, déclare-t-il, s'est engagé à la maintenir, pendant un certain délai, ou

si cet engagement résulte de la nature de l'affaire, la révocation avant l'expiration du délai ne fait pas obstacle à la formation du contrat ».

À lire ces dispositions, il semble évident que l'offre malgré sa rétractation, conserve son caractère contractuel, puisque cette rétractation ne fait pas obstacle à la formation d'un contrat. Il est cependant permis de douter de cette affirmation, car, si l'on se rapporte à l'art. 60 du projet qui consacre l'engagement par manifestation unilatérale de volonté il faut reconnaître qu'il réduit ces sortes d'obligations à l'état de très rares exceptions, et il y aurait quelque chose de choquant dans cette parcimonie, si dans un article antérieur, le projet avait consacré l'engagement unilatéral de volonté à l'occasion de toute offre de contrat. De plus, il serait assez illogique que le législateur franco-italien ait consacré cet engagement en matière d'offre de contrat alors au contraire qu'il a refusé de l'admettre pour les offres faites au public et les promesses de récompenses. En effet, l'art. 4 dispose : « L'auteur de l'offre faite publiquement, de rémunérer une prestation ou un fait ne peut plus la révoquer alors que la prestation ou le fait ont été accomplis.

La révocation faite antérieurement doit être fondée sur une juste cause et rendue publique dans la même forme que la promesse, ou une forme équivalente.

Il faut en conclure que l'art. 2 du projet franco-italien a donné une solution pratique et équitable, mais n'a pas voulu la justifier juridiquement ou tout au moins faire appel à une autre justification que l'équité.

Pour nous, tant dans l'hypothèse d'offre avec délai que dans celle d'une offre pure et simple, si le juge oblige son auteur à la maintenir, c'est toujours sur la base du délit

et à titre de réparation qu'il le fait. En cas de retard ou de perte de la lettre de l'offrant ou de l'acceptant, ce sont les mêmes solutions que pour l'offre pure et simple que nous en aurions. Dans ces deux hypothèses nous nous trouvons en présence d'offres apparentes, en cas de délai les éléments de la simulation ont été poussés plus loin, mais le caractère des deux difficultés restant le même, des solutions différentes ne nous paraissent pas se justifier.

Il faut enfin examiner quelles seraient les répercussions de la mort ou d'une incapacité venant frapper le déclarant après l'émission de son offre.

Précisons auparavant, que la rétractation d'une offre est un fait volontaire et que lorsque le déclarant rétracte sa déclaration, c'est avec une intention précise qui peut être l'espoir d'un bénéfice plus grand à réaliser dans l'avenir ou immédiatement, ou seulement la volonté d'éviter une perte. Or, supposons que la rétractation intervienne pendant le délai nécessaire à donner un caractère sérieux à l'offre, il résulte de cette rétractation que lorsque l'auteur a émis son offre, il n'avait pas suffisamment pesé le pour et le contre et n'était pas fermement décidé à se contenter du résultat escompté ainsi qu'il le laissait croire par sa déclaration. Il s'était donc engagé inconsidérément, et s'il a créé une apparence fautive c'est à son manque de prudence, à sa légèreté ou à sa négligence qu'il le doit et, en cela il nous paraît légitime de le considérer comme responsable de sa faute, conformément aux dispositions de l'article 1383 du Code civil.

Lorsque, à cause de la mort ou de quelque incapacité frappant le déclarant, la déclaration de volonté devient impuissante à former le contrat, on ne peut pas faire le même raisonnement. On ne peut même pas reconnaître que l'offre n'ait été qu'apparente ; en fait, la survenance d'un

de ces événements la rend bien apparente tout au moins, en se plaçant du côté du destinataire, mais en droit, il n'en est pas de même ; l'offre n'est pas anéantie parce que la volonté qu'elle exprimait était insuffisamment réfléchie, mais parce que cette volonté qui y était incluse, nécessaire à former le contrat, vient de disparaître soudain avec la personne ou la personnalité juridique de l'offrant.

Mais, si cette déclaration disparaît, ce n'est nullement par la faute de l'offrant, ce n'est pas parce qu'il a fait volontairement ou involontairement par imprudence ou négligence une déclaration de volonté apparente, mais en quelque sorte par l'effet d'un cas fortuit ou d'une force majeure qui a rendu apparent, ce qui était réalité. Alors si nous considérons cette déclaration de volonté, non plus seulement par rapport à son destinataire, mais dans l'ensemble des circonstances dans lesquelles elle s'est manifestée, il faut reconnaître que la force majeure, ou le cas fortuit, ayant seuls été auteurs de la simulation, on ne peut, eu égard à nos principes juridiques, tenir un individu responsable l'une faute qu'il n'a pas commise d'autant, qu'en l'occurrence, s'il n'en était dépendu que de lui, sa volonté n'aurait certainement pas été anéantie.

Il nous faut donc admettre que dans ce cas la déclaration de volonté disparaît mais que néanmoins la responsabilité de l'auteur de l'offre ne se trouve pas engagée alors même que, du fait de sa disparition, l'offre devenant apparente, la simulation a causé un préjudice au tiers destinataire.

Le jurisconsulte allemand Ihering, désirant établir la responsabilité de l'auteur de l'offre dans le cas de caducité causée par la mort, a cherché à relever coûte que coûte une faute contre cet offrant. « Il est impossible d'appeler le

décès une culpa. Cependant, dit-il¹, on peut la déduire de la manière suivante. Si l'on avait conclu entre présents, la mort n'aurait nullement pu avoir cette influence dommageable. Lors donc qu'un absent veut contracter, il doit, pour garantir l'autre partie contre cette éventualité dommageable, se donner la peine d'aller la trouver en personne : s'il ne le fait point, si au lieu de cela il choisit la voie la plus simple de la communication par voie de lettre ou d'intermédiaire, il subsistue par cela même dans l'intérêt de ses aises, une forme qui expose l'adversaire au danger dont il s'agit. La culpa consiste donc en ceci, qu'au lieu du moyen seul sûr de la communication orale en personne, il a eu recours, au péril de l'autre partie, à un moyen incertain ». Cette explication nous paraît assez artificielle ; que faudrait-il conclure lorsque le contrat étant passé entre présents, l'une des parties accordera à l'autre un délai pour lui permettre de réfléchir et que la mort viendra la frapper avant l'expiration de ce délai ? La faute disparaissant l'obligation de réparer le dommage disparaît également, et cependant le dommage a eu pour cause directe la déclaration de volonté.

Tout au plus pourrait-on peut-être dire, que dans le cas où l'offre s'accompagne d'un délai d'acceptation, du fait que ce délai renforce considérablement son caractère d'offre sérieuse, elle fait, par conséquent, naître une espérance plus grande au profit du destinataire. Et que l'accord de ce délai permet de présumer l'intention du déclarant de répondre du cas fortuit ou de la force majeure. Dans cette hypothèse, les événements dont nous discutons ne le dispenseraient pas de réparer le dommage causé par sa déclaration

1. Ihering, *De la culpa in contrahendo*, trad. Meulenaère, 1893, t. II, chap. III, n° 38.

de volonté apparente. Mais, nous reconnaissons que cette solution est bien hasardeuse et nous ne croyons même pas qu'elle puisse s'appliquer à toutes les espèces de ce genre car, lorsque l'offrant, par exemple, demande une réponse immédiate par crainte en général de modification dans la branche de l'activité à laquelle se rattache son offre, et qui lui causerait un préjudice, il semble bien que son intention soit de conserver toute la liberté possible et qu'il n'entend aucunement être responsable de ce qui ne dépend pas de lui.

Enfin, les mêmes événements peuvent venir frapper la personne du destinataire. En ce cas, la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'offre est anéantie. Cela, en se basant sur son caractère personnel. En effet, tout au moins en matière civile, la déclaration de volonté à personne déterminée revêt, dans la majorité des hypothèses, un caractère personnel ; et il est alors normal de la considérer comme caduque lorsque la personne à laquelle elle était destinée vient à disparaître ou que sa personnalité s'est éteinte. Par exemple, s'il s'agit d'une offre de vente portant sur une maison, la considération de la personne de l'acheteur éventuel peut avoir eu une influence prépondérante sur la détermination du vendeur.

Mais cependant, si, exceptionnellement, la déclaration de volonté se présentait sans aucun caractère de personnalité, il nous semble que la caducité ne devrait pas être obligatoirement déclarée. Mais il resterait toujours à ceux qui invoquent l'impersonnalité de l'offre à en apporter la preuve.

En matière d'offre commerciale, il ne faudrait sans doute pas donner la même solution et considérer au contraire que, dans la pratique des affaires, l'offre est généralement faite à un établissement sans tenir compte de la personne

de ses dirigeants. Alors, nous admettrions volontiers la solution inverse à celle consacrée en matière civile et qui consisterait à considérer l'offre comme étant impersonnelle, sous réserve de la preuve contraire faite par l'auteur de cette déclaration.

Toutes les difficultés que nous venons d'examiner en ce qui concerne les déclarations à volonté active à personne déterminée nous amènent à cette solution : l'auteur d'une telle déclaration peut toujours la révoquer jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée du destinataire. Mais, s'il s'est engagé à la maintenir pendant un certain délai, ou si cet engagement résulte de la nature du contrat proposé, malgré sa rétractation, il sera tenu d'exécuter sa déclaration de volonté dans tous les cas où ne l'exécutant pas il aurait causé un dommage à son co-contractant éventuel.

Mais cette exécution forcée ayant un caractère délictuel et reposant sur l'idée de réparation du dommage causé par un acte apparent, si la déclaration devient caduque par la survenance d'un cas fortuit ou d'une force majeure, c'est-à-dire si la déclaration devient apparente du fait du décès, ou de la perte de volonté de son auteur survenant d'une incapacité, il ne sera pas tenu de l'exécuter, en vertu du principe que nul n'est responsable des fautes qu'il n'a pas commises.

La déclaration de volonté, au lieu d'être adressée à une personne déterminée, peut être faite au public en général. En cette occurrence, pour déterminer la responsabilité pesant sur le déclarant, il faut considérer les caractères spéciaux de ces déclarations.

Nous préciserons avant tout que lorsqu'une offre à personne indéterminée suppose, pour que le contrat soit conclu, l'agrément de la personne qui y répondra, par l'au-

teur de la déclaration faite au public, ce dernier ne pourra jamais être déclaré responsable de son refus de contracter, car son adresse au public ne constitue pas une offre de contracter mais une invitation aux intéressés à manifester leur désir de passer avec lui un contrat déterminé.

Une offre à personne indéterminée peut s'adresser à un plus ou moins grand nombre de personnes, et malgré cela son objet peut être unique, ce qui fait que, malgré la pluralité de destinataires, il ne pourra se former qu'un seul contrat. C'est le cas, par exemple, d'une offre d'appartement à louer faite au public. Il se peut aussi que l'objet du contrat soit multiple ; ce sera, par exemple, le cas d'une offre de vente d'objets faite au public par catalogue. Dans ce cas, l'offre au public peut être considérée comme plusieurs offres identiques adressées à plusieurs destinataires.

Dans l'hypothèse d'offre à objets multiples, les solutions données pour les offres à personne déterminée peuvent sensiblement être répétées. Tout d'abord, cette offre peut se présenter accompagnée ou non d'un certain délai. Même si elle est faite sans délai, elle doit cependant exister durant la période nécessaire pour qu'une ou plusieurs personnes puissent y répondre, mais dans ce cas le délai doit être particulièrement bref, car le déclarant n'ayant pu prévoir combien dureraient ces possibilités de contracter, il n'a pas pu avoir l'intention de s'engager à satisfaire tous les intéressés qui se présenteraient pour passer le contrat. Il est des cas cependant où l'attitude de l'offrant peut assumer cette responsabilité. Cela se présentera par exemple dans le cas où un hôtelier envoie chercher les voyageurs à la gare alors qu'il n'a aucun appartement à leur louer. « Dans ce cas, dit M. Demogue, il sera tenu de les indemniser du dommage qu'il a pu leur causer. Mais ce n'est pas,

dans cette hypothèse, son offre seule qui a engagé sa responsabilité, mais le fait d'être allé chercher les voyageurs à la gare qui donnait à son offre publique un caractère sérieux évident. Si l'offre s'accompagne d'un délai, l'offrant doit être tenu de la même responsabilité que s'il s'agissait d'une offre à personne déterminée.

L'offre au public peut se présenter aussi avec un objet unique, et dans ce cas, toute responsabilité du déclarant pour rétractation de son offre nous paraît devoir être écartée.

Au point de vue pratique tout d'abord, le déclarant pourra toujours prétendre que l'acceptant qui se plaint est arrivé trop tard pour conclure le contrat, et qu'il a été devancé par une autre personne. Et, de plus, au point de vue juridique, il faut reconnaître que l'acceptant, eu égard au caractère de l'offre, a été fort imprudent en comptant sur un contrat dont la réalisation était aussi aléatoire. Le déclarant, en rétractant son offre, montre bien qu'il a fait une offre apparente, mais cette offre n'a pas pu faire naître une situation très favorable pour le destinataire ; ce n'est pas l'apparence qui lui a fait tort, c'est son imprudence à considérer comme définitif ce qui était aléatoire.

En présence d'une offre au public à objet unique, le déclarant doit, à notre avis, conserver son entière liberté, car son offre est si aléatoire que même dans l'hypothèse où elle se révèle apparente, elle ne peut constituer un quasi-délit parce qu'elle fait naître un espoir trop précaire dans l'esprit de celui qui s'y est intéressé.

Il est évident que la mort ou l'incapacité du déclarant produiront les mêmes effets sur ces déclarations que sur les offres à personne déterminée.

Enfin, il nous reste à examiner quelles seraient les conséquences de la théorie que nous proposons dans son application à ces offres au public particulières que sont les promesses de récompense.

Ces promesses peuvent se présenter sous les aspects les plus variés, mais elles comportent toujours la promesse d'une récompense qui sera attribuée à celui ou à ceux qui accompliront une prestation déterminée.

Lancée dans le public, cette promesse a généralement une certaine répercussion, et nous allons essayer de dégager si, du fait de son apparence, cette déclaration de volonté peut engager la responsabilité délictuelle de son auteur, dans quelles limites et dans quelles conditions.

Remarquons tout d'abord que pour être valable, la rétractation doit se produire dans les mêmes formes que s'est manifestée la déclaration, sinon cette rétractation serait considérée comme inefficace.

Supposons que la promesse se révèle apparente avant que la prestation ait été réalisée. Comme le but poursuivi par le promettant est l'obtention du résultat fixé par la promesse, et que, par définition, ce résultat n'a pas été atteint, le contrat ne s'est pas formé, le promettant est donc libre de reprendre sa déclaration. Mais de ce fait, sa promesse devient apparente et peut causer un dommage à ceux qui l'ont crue réelle, ce peut être le manque à gagner s'ils avaient escompté sur la foi de la promesse ou la perte occasionnée par les dépenses faites en vue d'accomplir la prestation stipulée. Remarquons que la promesse de récompense suppose toujours une certaine compétition ou tout au moins la condition que c'est seulement la première personne qui accomplira la prestation qui aura droit à la récompense ; aussi, comme celui qui se plaint de l'inexé-

cution de la promesse n'était pas assuré de triompher de ses concurrents, son préjudice doit se réduire aux frais qu'il a pu engager, et comme ce préjudice lui est causé par une stimulation fautive, il devra être réparé par le promettant. Mais, si l'apparence n'a causé à l'acceptant aucun autre préjudice qu'un manque à gagner, le déclarant ne doit pas être tenu pour responsable, eu égard au caractère aléatoire de ce manque à gagner.

Supposons que ce n'est que lorsque la promesse a été réalisée qu'elle se révèle n'être qu'apparente. Il semblerait que l'exécution de la prestation étant la manifestation d'une acceptation, le contrat se trouve conclu valablement et c'est la seule solution que nous admettons lorsque l'individu a exécuté la prestation en connaissance de la promesse et en vue de gagner la récompense. Mais des cas particuliers peuvent se présenter.

La prestation a pu se trouver réalisée avant la publication de la promesse et son auteur ayant connaissance de l'offre faite au public peut immédiatement s'en prévaloir. Dans ce cas, à notre avis, il faut considérer l'intention du promettant. S'il eut en vue l'accomplissement réel de la prestation et que ce soit surtout l'activité qu'il ait désirée, le contrat n'est pas valablement formé parce que les volontés de l'offrant et de l'acceptant ne sont pas concordantes et, qui plus est, le fait que la prestation a été antérieurement accomplie peut supprimer tout intérêt à l'accomplissement de cette prestation, pour le promettant. Il a pu être victime d'une erreur qui, si elle est excusable, le dégage de toute responsabilité. Cependant, s'il retire un bénéfice de la prestation accomplie en imaginant qu'il s'agisse d'un exploit sportif dont il se servirait à titre de réclame, par exemple, il pourrait, dans certains cas, être tenu sur la base d'un

enrichissement injuste. Il rémunérerait alors non pas l'accomplissement de l'exploit envisagé, mais le renseignement à lui fourni.

Enfin, la prestation a pu être accomplie dans l'espace de temps désiré par le promettant, mais par une personne qui ignorait la récompense promise. Et nous pouvons supposer que plus tard, apprenant la promesse faite, elle vienne réclamer la récompense au promettant qui refusera alors de la lui donner sous prétexte qu'il a rétracté sa promesse avant qu'elle ait été acceptée. Dans cette hypothèse, le contrat n'a pas pu se former, et comme l'acte apparent n'a pas été le mobile déterminant de l'individu qui a accompli la prestation, on ne peut pas prétendre qu'il en ait subi un préjudice; il ignorait la promesse, elle ne lui cause même pas un manque à gagner. Ainsi croyons-nous que, seule, la théorie de l'enrichissement sans cause puisse venir, dans certains cas, réparer le tort causé. En effet, le promettant a eu un désir bien déterminé en faisant la promesse : il a désiré l'accomplissement d'une certaine prestation qu'il estimait, quant à lui, à la valeur de la récompense promise. Or, la prestation étant accomplie, il a réalisé ce profit, plus ou moins chèrement estimé et, s'il refuse par la suite de payer la récompense, le bénéfice de l'activité d'autrui est pour lui. Mais, néanmoins, il est indispensable, pour qu'il soit redevable de son enrichissement que les conditions nécessaires à intenter l'action *de in rem verso* se trouvent réalisées.

Il faut reconnaître que ces éléments se rencontreront difficilement. En admettant même que l'on n'exige pas le passage matériel d'une valeur sortant du patrimoine appauvri

pour entrer dans le patrimoine enrichi¹ ; en reconnaissant qu'un enrichissement sans cause peut naître alors qu'aucune valeur n'est sortie du patrimoine de l'appauvri, qui a, par exemple accompli un travail intellectuel, et même lorsqu'aucune valeur matérielle n'est entrée dans le patrimoine enrichi, par exemple du fait qu'il a été donné un simple renseignement ou une simple idée. Dans cette conception même, l'enrichissement sans cause suppose toujours un enrichissement obtenu aux dépens d'autrui.

Dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'en sera pas toujours ainsi.

Tout d'abord, l'individu qui a accompli la promesse a pu le faire dans un but désintéressé. Son but étant de procurer à ses semblables un certain enrichissement, tout au moins moral, il n'a rien à réclamer alors du fait de l'enrichissement d'autrui. On critique généralement cette solution en lui attribuant un caractère immoral du fait qu'elle sacrifie la personne qui accomplit la prestation sans idée de profit. Cependant, à notre sens, c'est la seule solution juridique. Au point de vue des faits, le promettant n'a pas été la cause d'un appauvrissement de l'acceptant, qui avait accompli la prestation sans espoir de profit. Et à tout considérer, si du point de vue moral le promettant commet une indélicatesse, elle n'est pas des plus graves, considérant d'une part qu'il n'aurait promis aucune récompense s'il avait pu prévoir que le résultat cherché pouvait être obtenu sans elle ; et d'autre part, l'attitude de celui qui a accompli la prestation n'est peut-être pas exempte, elle aussi, de

1. Bartin, Notes à l'Aubry et Rau, 5^e éd., t. 9 et notes 9 duo decies ; Ripert, *La règle morale*, n° 137 et suiv. p. 256, 2^e éd. ; voyez aussi Rouast : L'Enrichissement sans cause, *Rev. trim.*, 1922 ; Cass. req. 21 juillet 1903 ; Dal, 1904-1-181 ; Douai, 11 août, 1877, S. 78-2-150.

reproches sur le terrain de la délicatesse morale. Car, après s'être déclaré désintéressé, son esprit de lucre s'éveille devant la récompense comme s'est réveillé celui du promettant qui refuse de la lui donner.

Il peut se produire aussi que celui qui a exécuté la prestation dans l'ignorance de la promesse l'ait cependant accomplie dans une intention intéressée, et que cette prestation ait été destinée à l'enrichir en même temps qu'elle risquait de procurer un avantage à autrui. S'il résulte de ces actes un avantage seulement pour autrui, il ne pourra pas réclamer, car cet avantage n'a pour seule origine que son erreur de calcul ; et comme le fait remarquer M. Ripert¹ « personne n'a le devoir moral de réparer les fautes des autres ».

Enfin, la personne a pu accomplir la prestation dans son intérêt sans cependant se trouver privée de la protection subsidiaire de la *verso in rem*. Dans le cas, par exemple, où l'auteur de la promesse a commis une certaine indélicatesse. Ce serait le cas d'un industriel ayant promis une récompense pour la réalisation d'un exploit sportif, qui tirerait profit de l'exploit accompli à titre de réclame et qui, par la suite, refuserait de donner la récompense. Il nous semble logique alors de le tenir pour responsable au moins dans la mesure de son enrichissement.

La promesse de récompense peut être anéantie par le décès de son auteur ou par le fait d'une incapacité venant éteindre sa volonté. En cette occurrence, aucun contrat ne pouvant se former, lorsque l'acceptant viendra réclamer le prix de la prestation accomplie, les héritiers ou le représentant du promettant pourront refuser d'acquitter la récompense antérieurement promise.

1. Ripert, *La règle morale*, n° 145 p. 270, 2^e éd.

Bien que le caractère apparent de la promesse soit le résultat d'un cas fortuit, nous croyons cependant que, du fait que la promesse restant publique a pu tromper les intéressés après la mort ou l'incapacité du déclarant, la responsabilité des héritiers ou du représentant de l'auteur de la déclaration pourra se trouver engagée si, ayant eu connaissance de l'émission de la promesse, ces personnes n'ont pas pris le soin de la déclarer nulle par les mêmes moyens de publicité que ceux qui avaient été employés par le déclarant. Nous les reconnaissons donc responsables conformément aux dispositions de l'article 1383 du Code civil.

Toutefois, si ces mêmes personnes étaient ignorantes de la promesse, leur responsabilité ne saurait être engagée sur cette base, car on ne peut les contraindre à supporter les conséquences d'un cas fortuit. Mais il faut reconnaître que la preuve de la connaissance de la promesse devant être rapportée par le réclamant, dans nombre de cas ce sera pour les personnes qui nous occupent une échappatoire facile au paiement de la récompense. Et, croyons-nous, c'est encore à la théorie de l'enrichissement sans cause qu'il faudra faire appel pour satisfaire l'équité. Mais, dans ce cas, comme dans les précédents, il faudra établir que le patrimoine de l'incapable ou de ses héritiers, s'il s'agit d'un avantage moral, s'est enrichi aux dépens d'autrui.

Mais alors, si la prestation ne procure aucun enrichissement moral ou matériel, toute revendication sera perdue pour l'acceptant. Au contraire, si de l'accomplissement de cette prestation résulte un certain bénéfice, les personnes désignées seront tenues, dans la mesure du profit réalisé. Car, s'il en était autrement, il faudrait admettre qu'un cas fortuit peut être invoqué dans le but de réaliser un enrichissement. Dans ces hypothèses, l'action de *in rem verso*

pourra toujours être invoquée : ayant eu connaissance de la promesse, l'acceptant aura toujours agi dans un but légitimement intéressé.

Nous pouvons conclure après l'examen de ces quelques difficultés pratiques que la responsabilité délictuelle résultant d'une déclaration de volonté sera tout aussi souvent sanctionnée par une condamnation à des dommages et intérêts qu'à l'exécution de la déclaration elle-même, et cela nous permet d'affirmer que malgré toutes les critiques adressées du point de vue pratique à une pareille conception, c'est encore la base délictuelle de la condamnation qui présente en la matière le plus d'avantages par la souplesse de ses solutions, et qui permet de laisser l'activité juridique des individus entièrement libre, à condition qu'elle ne lèse aucun intérêt légitime, et de la réprimer au contraire dans la mesure où elle est injustement dommageable à autrui. Enfin, même dans l'hypothèse où la faute du déclarant ne serait pas caractérisée, l'intervention subsidiaire de la théorie de l'enrichissement sans cause permet toujours de donner, en partie tout au moins, satisfaction à l'équité.

CONCLUSION

Dès le début de notre étude, dès les premiers pas faits dans le domaine de la déclaration de volonté, nous étions arrêtés par une contradiction qui s'élevait entre les principes qui régissent notre droit des obligations et la pratique courante des affaires.

Fidèle au principe de l'autonomie de la volonté si entièrement consacré par notre Code civil, et en vertu duquel l'obligation contractuelle n'est créée que par le concours de deux volontés concordantes, on affirme que de la simple déclaration de volonté ne naît pas d'action. Or, la pratique courante des affaires, semblant faire appel au respect dû à la parole donnée, reconnaît à cette même déclaration de volonté une pleine et entière valeur juridique, capable, dans certaines conditions, de lier son auteur.

Plus flagrante encore apparaissait cette contradiction dans notre jurisprudence qui, à une même époque, conclut dans un arrêt en faveur d'un lien juridique issu de la simple déclaration de volonté alors qu'elle proclame par principe, et en tête d'un autre arrêt, que la simple sollicitation n'engage pas son auteur.

Cette contradiction n'apparaît qu'à première vue ; elle n'existe que pour celui qui se contente d'une prise de connaissance rapide, et ne s'efforce pas de trouver derrière des termes en apparence contradictoires, la raison juridique et

logique de notre jurisprudence. Fidèle aux principes qui, après avoir été la base de la législation romaine, sont encore le fondement de nos droits latins et de notre Droit, la jurisprudence prend la précaution, avant de donner une solution qui pourrait prêter à équivoque, de proclamer qu'elle n'abandonne pas la sage tradition à une époque où cependant des concepts nouveaux paraissent en honneur. Aussi, tout en déclarant qu'une obligation a été causée par une simple déclaration de volonté non acceptée, elle affirme et consacre le principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, après avoir précisé qu'elle n'abandonne pas ce principe, si par la suite notre jurisprudence reconnaît une certaine valeur juridique à la déclaration de volonté, c'est qu'elle l'envisage sous un autre aspect que celui que lui donne le principe consacré.

Elle abandonne alors le terrain du contrat, pour se placer sur le terrain de l'activité juridique en général et constatant un dommage causé par la faute du déclarant par le fait même de sa déclaration, elle érige en délit, ou en quasi-délit, ce fait nul du point de vue du contrat. Ce qui, eu égard au contrat était incapable en lui-même de faire naître une obligation, peut cependant engager valablement et juridiquement son auteur en matière de délit ou de quasi-délit.

Cette solution a le mérite d'être conforme à notre tradition juridique ; la jurisprudence ne l'a pas créée de toutes pièces, elle est allée en chercher les racines chez les auteurs qui présidèrent à l'élaboration de notre Code et qui, dans le silence de ce dernier, doivent logiquement servir à le compléter ou tout au moins à en préciser la pensée.

C'est, en définitive, à Pothier que revient l'honneur d'avoir discerné les deux aspects de la déclaration de volonté : aspect contractuel inefficace, aspect délictuel parfois gros de conséquences.

Notre Droit civil reste fidèle à ses principes ; il n'a pas, comme les Droits modernes et surtout le Droit germanique, sacrifié ses notions immuables à des considérations économiques, à des raisons de crédit ou de facilité de transactions d'affaires. Considérations fuyantes mobiles et toujours dominées par le facteur opportunité.

Les conceptions étrangères sacrifient d'abord la volonté ; ce qui crée le droit, ce n'est pas la volonté, c'est la déclaration. Alors que la jurisprudence française consacre toujours la toute-puissance de la volonté et qu'elle recherche derrière une volonté apparente la volonté vraie des parties, pour le Droit allemand, ce qui est déclaré est voulu ; les besoins de la pratique exigent qu'il en soit ainsi pour la sécurité des relations économiques et commerciales.

Séparée de la volonté, l'obligation perd le lien qui la rattachait à son auteur, elle n'est plus l'antique lien de droit, le *vinculum juris* romain, liant le débiteur au créancier, elle n'est qu'un rapport entre deux patrimoines, elle s'est objectivée, comme disent les partisans de cette doctrine, elle est devenue une simple valeur économique jetée dans le monde des affaires.

Faisant disparaître la personne du créancier et du débiteur, cette conception chasse en même temps toute morale dans les rapports obligatoires, car la morale régit les hommes et non les choses.

Le contrat lui-même, qui joue un si grand rôle dans notre activité juridique, doit céder sa place à des obligations unilatérales qui engagent leur auteur sans qu'il soit besoin de concours de volonté.

Notre jurisprudence a bien compris qu'on ne pouvait admettre un tel bouleversement, et elle a bien compris aussi qu'on ne pouvait pourtant sans cela, faire place à des

théories d'une essence si contraire à nos notions juridiques. C'est pourquoi elle a conservé le droit des obligations dans toute sa pure tradition romaine, et sans pour cela sacrifier les besoins de la pratique. Aussi, si nous comparons les solutions données à l'étranger et celles données par la jurisprudence française, nous ne constatons pas de différences bien sensibles. Qui plus est même, sur le terrain de la pratique, le système français se révèle comme beaucoup plus souple, et même beaucoup plus logique.

La théorie allemande qui accorde à la déclaration de volonté une valeur en soi, a le grave inconvénient de lui faire produire un effet créateur d'obligation alors même que ni l'intérêt des affaires, ni l'équité ne l'exigent.

L'explication que nous avons adoptée, qui rattache un effet juridique à la déclaration de volonté dans le cas seulement où un dommage a été causé et une faute commise, satisfait plus équitablement aux besoins de la pratique. Lorsqu'il n'y a plus de dommage causé, ou lorsque le dommage causé n'a pas été la conséquence de la faute de l'offrant, il n'y a pas intérêt à faire produire un effet à la déclaration de volonté car, le seul intérêt qu'il y ait à lui faire produire un effet de droit, c'est précisément de réparer le dommage causé. En consacrant une telle solution, notre jurisprudence est en tous points conforme à la pratique des affaires qui exige un intérêt à la base des actions et se trouve en accord avec les conséquences du cas fortuit et de la force majeure.

Ainsi, pratiquement, la conception française et la conception allemande aboutissent à des solutions pratiques presque semblables. Mais, alors que dans la conception française, ces résultats sont acquis sans abandonner nos principes, la conception moderne n'a pas achevé de for-

muler les siens qu'elle doit y apporter des correctifs, et l'on voit la volonté, chassée dans le principe, revenir dans l'exception.

La seule différence vraiment sensible entre ces deux conceptions, c'est le maintien de la déclaration en cas de décès ou d'incapacité, reconnu par la conception moderne, rejeté par la nôtre. Mais, pratiquement, ces événements ne donnent pas lieu à de nombreuses difficultés, et si dans l'avenir ces difficultés deviennent trop pressantes, le législateur pourra toujours intervenir au nom des conditions économiques pour obliger l'auteur d'une déclaration de volonté à assumer le risque des cas fortuits. Mais cette intervention ne portera nullement atteinte à la conception de la déclaration de volonté de la jurisprudence, conception qui, sans faire appel à des notions impossibles à acclimater dans nos droits latins, a le mérite de satisfaire à la pratique tout en consacrant nos principes juridiques les plus vénérables.

Vu, le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu, le Président de la Thèse,
Georges RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- AGASTEIN. — *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse
Paris, 1927.
- AUBRY ET RAU. — *Traité de Droit civil*, 5^e édition, et les notes de
M. Bartin.
- BARTIN (ETIENNE). — *Cours de droit international privé*, Paris, 1926-27,
Notes au traité de Aubry et Rau.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE. — *Traité des obligations*.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — *Traité du louage*.
- BEUDANT. — *Le droit individuel et l'Etat*, 1891.
— *Traité des obligations*, 1896.
- BRETON. — *La notion de violence en tant que vice du consentement*
Thèse, Caen, 1925.
- BUFNOIR : Propriété et contrat, Paris, *Bulletin de la Société des études
législatives*.
- BONNECASE : Suppléments au *Traité* de Baudry-Lacantinerie.
- CHARMONT. — La déclaration de volonté, *Revue crit.*, p. 456, 1902.
- HENRI CAPITANT. — *Introduction à l'étude du droit civil*.
— *De la cause dans les obligations*, 3^e édition, Paris, 1927.
- COLIN ET CAPITANT. — *Traité élémentaire de droit civil*.
- CÉLICE. — *L'erreur dans les contrats*, Thèse, Paris, 1926.
- CHEVALLIER. — *De la nature juridique des offres de contrats*. Thèse,
Rennes, 1923.
- COHEN. — *Des contrats par correspondances*, Thèse, Paris, 1921.
- COSTINER. — *La promesse publique de récompense*. Thèse, Paris, 1924.
- DEMOLOMBE. — *Cours de code Napoléon*.
- DEMOGUE. — *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
— *Traité des obligations* : Les sources.
— La violence, *Revue trimestrielle*, page 437, 1924.

- Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Revue Trimestrielle*, 1907.
- DEMONTES (Emile). — *La lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, 1923.
- DEREUX. — *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse, Paris, 1905.
- Conception actuelle du contrat, *Revue critique*, 1901, p. 503, 521.
- *Revue trimestrielle*, p. 503, 1910.
- DOMAT. — *Les lois civiles*.
- DUGUIT. — *Transform. générale du droit privé depuis le code Napoléon*.
- *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1909.
- *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, tome premier.
- MIRCEA DURMA. — *De la notification des obligations*, Thèse, Paris, 1930.
- ESMEIN. — *Planiol, Ripert, Esmein, Traité de droit civil*, tome VI.
- ELIAS. — *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Thèse, Paris, 1907.
- FAGELLA. — *Dei periodi precontractuelli e della loro vera ed essatta costruzione scientifica*. Dans *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Naples, 1906.
- GALLIOT. — *La déclaration de volonté*, Thèse, Caen, 1903.
- GAUDEMET. — *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898.
- GÉNY. — *Science et technique en droit privé positif*, 1915.
- Méthode d'interprétation et source du droit privé positif, 1899.
- *Revue trimestrielle*, 1922.
- La déclaration de volonté, *Annales de droit commercial*, p. 335, 1901.
- Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Duguit, *Revue trimestrielle*, p. 779, 1923.
- GOLDBERG. — *Essai d'une théorie de l'engagement unilatéral dans le Code civil allemand*, Thèse, Nancy, 1912.
- GOUNOT. — *L'autonomie de la volonté*, Thèse, Dijon, 1912.
- GUILHAIRE. — *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale*, Thèse, Rennes, 1901.
- HEMAR (Joseph). — S. 1907-I-145.
- HAURIOU. — *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916.
- La déclaration de volonté en droit administratif, *Rev. trim.*, p. 543, 1903.

- IHERING. — Responsabilité, précontractuelle, *Œuvres choisies*, tome II. Traduction O. Meulenaere.
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif*, tome II, 1930.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927-1928.
- *De l'abus de droit*, 1905.
- LAROMBIÈRE. — *Traité pratique des obligations*, 1885.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (Paul). — *De la déclaration de volonté dans l'œuvre juridique de R. Saleilles*.
- LEGROS. — *Théorie générale de la responsabilité en cas de nullité du contrat*, Thèse, Dijon, 1900.
- LEWY (Emmanuel). — *Vision socialiste du droit*, Paris, 1926.
- Responsabilité et contrat, *Revue crit.* 1899.
- *Revue trim.*, p. 720, 1910.
- LÉVY-ULLMANN. — *L'obligation dans le premier quart du xx^e siècle*, cours de doctorat, Paris, 1927-28.
- MATEESCO. — Thèse, Paris, 1919.
- MEYNIAL. — De la déclaration de volonté, *Revue trim.*, p. 545, 1902.
- PLANIOI, RIPERT, ESMEIN *Traité de droit civil*, t. VI.
- PLANIOI, RIPERT, SAVATIER. — *Traité de droit civil*, t. I.
- PLANIOI ET RIPERT. — *Traité élém.*, 10^e édit.
- PERCEROU. — *Pand. franc.*, 1899-I-209.
- POTHIER. — *Traité de l'obligation*, 7^e édit. Bugnet. *Traité de la vente*, éd. Bugnet.
- RENARD. — *Le droit, la justice, la volonté*, 1924.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations*, Paris, 2^e édit., 1927.
- *Cours de doctorat*, Paris, 1929-30.
- Le socialisme juridique, *Revue crit.*, 1928.
- De la relativité, *Revue crit.*, 1930.
- *Traité élém. Planiol et Ripert*. 20^e édit.
- *Traité de droit civil*, Planiol et Ripert.
- RIPERT (Emile). — *Essai sur la vente commerciale*.
- ROUAST. — L'enrichissement sans cause, *Revue trim.*, 1922.
- ROUBIER. — *Responsabilité précontractuelle*, Lyon, 1911.
- SAVATIER. — D-1928-1-161.

- SALEILLES (Raymond). — *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.
— *Théorie de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, Paris, 1890.
— *Libre du centenaire du Code civil*, p. 101.
— De la cession de dettes, *Annales de droit com.*, 1890.
— De la responsabilité précontractuelle, *Revue trim.*, p. 698, 1907.
— De l'abus de droit, *Bulletin de la Société d'études législatives*, p. 325, 1905.
TALANDIER. — *De l'engagement par volonté unilatérale*, Thèse, Toulouse 1912.
TARDE. — *Les transformations du droit*, Paris, 1893.
THALLER. — *La vie juridique du Français*.
— *Annales de droit commercial*, Nature juridique du titre de crédit, p. 5, 1906.
TISSIER. — *Revue Bourguignonne*, p. 187, 1903.
— S. 1892-2-129.
VALÉRY. — *Des contrats par correspondance*.
VIVANTE. — *Traité de droit commercial*, traduction Escarra, t. III, Paris, 1911.
WAHL (Albert). — *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, Paris, 1891.
— *Traité du louage* (traité Baudry-Lacantinerie).
— *Cours de droit commercial*, 1926-27.
WORMS. — *De la déclaration de volonté*, Thèse, Paris, 1891.
-

IMPRIMERIE SPÉCIALE
— DE L'ABEURS —

F. BOISSEAU
34, rue du Taur, TOULOUSE

